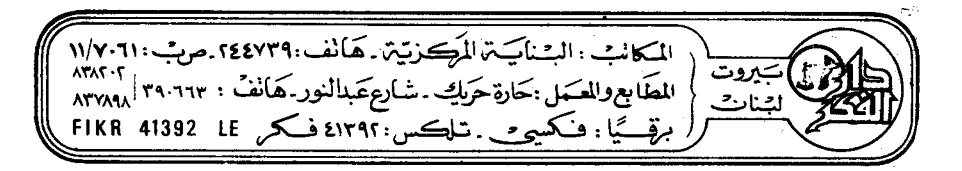


المولوى محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط.

الجزء الخامس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر ببيروت

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب

مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الطلاق

(كتاب الطلاق)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الطلاق . وفي المغرب مصدر بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ، والكلام بمعنى التكليم ، وهو مصدر طلقت زوجته بالفتح والضم . وقال الأخفش لا يقال بالضم ، وامرأة طالق ، وجاء طالقة ، والطلق وجع الولادة ،من طلقت بضم الطاء فهي مطلوقة ، إذا أخذها الطلق والوجع . طلق اللسان وطليقة ، والطليق الأسير إذا أطلق . وطلق امرأته تطليقاً وطلقت هي طلاقاً . ورجل طلاق وطلقة ، أي كثير الطلاق للنساء .

والطلاق لغة رفع القيد ، وشرعاً رفع قيد النكاح من أهله في محله . وقيل الطلاق عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد للنكاح بألفاظ مخصوصة ، وسببه الحاجة المحوجة إليه . وشرطه كون المطلق عاقلا بالغاً ، والمرأة في النكاح أو في العدة التي يحصل بها محلا للطلاق ، وحكمه زوال الملك عن المحل ، وأقسامه ما ذكر في الكتاب .

وإيقاع الطلاق مباح وإن كان متبغضاً في الأصل عند عامة العلماء . ومنهم من يقول لا يباح إيقاعه للضرورة ، وذلك إما كبر السن أو الريبة ، لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق ، وقال عليه السلام أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير نشوز فعليها لعنة الملائكة والناس أجمعين . وروى الترمذي من حديث ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة سألت زوجها من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة ، وقال حديث حسن ، وروى أيضاً عن ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المختلعات هن المنافقات .

المناسبة بين كتاب النكاح و كتاب الطلاق ظاهرة ، لان النكاح قيد شرعي ،والطلاق رفعه ، والمناسبة الخاصة بينه وبين الرضاع ان كلا منهما محرم .

باب طلاق السنة

قال الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعي ، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ، ويتركها حتى تنقضي عدتها لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة ، وان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد من الندامة ،

(باب طلاق السنة)

أي هذا باب في بيان طلاق السنة ، وفي المبسوط الطلاق نوعان سني وبدعي ، والسني نوعان ، سني من حيث العدد ، وسني من حيث الوقت . والبدعي نوعان يعود إلى العدد ، وبدعي بمعنى يعود إلى الوقت ، والسني من حيث العدد نوعان حسن وأحسن ، أما المصنف ذكر كله مفرقاً على ما تقف عليه .

(الطلاق على ثلاثة أوجه ، حسن وأحسن وبدعي ، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ، ويتركها حتى تنقضي عدتها ، لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة) أخرج هذا ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن سفيان عن مغيرة عن إبراهيم النخعي ، قال كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض .

(وان هذا) أي الاقتصار على تطليقة واحدة (أفضل عندهم) أي عند الصحابة رضي الله تعالى عنهم (من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة) أي طلقة واحدة (ولأنه) أي ولأن إيقاع الواحدة (أبعد من الندامة) حيث أبقى لنفسه ممكنة

وأقل ضرراً بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة . والحسن هو طلاق السنة ، وهو أن يطلق المدخول بهـــا ثلاثاً في ثلاثة أطهار . وقال مالك « رح » انه بدعة ولا يباح إلا واحدة ، لأن الأصـــل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص، وقد اندفعت بالواحدة . ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان السنة أن يستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء تطليقة ،

التدارك ، بأن يراجعها في العدة ، وبعدها بتجديد النكاح من غير تزوج آخـــر وإبقاء ممكنة التدارك مندوب إلى الله تعالى ﴿ فلعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ ١ الطلاق (وأقل ضرراً بالمرأة) حيث لم تبطل محليتها نظراً إليه ، لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن ، فـلا يتكامل ضرر الإيحاش .

(ولا خلاف لأحد في الكراهة) أي لا خلاف في عدم الكراهة ، يعني لم يقل أحـد بكراهة إيقاع الواحد ، بخلاف الحسن ، فإن فيه خلاف فيكون هذا حسن . قلت هكذا فسر الشراح كلهم هذا اللفظ ، وظاهره يقتضي خلافه على مالا يخفى على المتأمل .

(والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار . وقـال مالك انه بدعة) أي ان الطلاق المفرق على ثلاثة أطهار في المدخول بها بدعة ، وفي المغرب البدعة اسم من ابتداع الأمر إذا ابتدأه وأحدثه ، ثم غلب على ما هـــو زيادة في الدين ونقصان منه . وقيل البدعة إحداث أمر لم يكن من عهد رسول الله ﷺ (ولا يباح إلا واحدة) أي طلقة واحدة (لأن الأصل في الطلاق هو الحظر) أي المنع، لقوله عليه السلام تزوجوا ولا تطلقوا، رواه أبو داود (والإباحة) أي إباحة الطلاق (لحاجة) الناس إلى (الخلاص وقـــد اندفعت) أي الحاجة (بالواحدة) أي بالطلقة الواحدة فـــلا يباح غيرها .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (وفي حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء طلقة) هذا الحديث رواه

ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر ، فالحاجة كالمتكررة نظراً إلى دليلها ، ثم قيل الأولى أن يؤخر الايقاع إلى آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة

الدارقطني في سننه من حديث يعلى بن منصور ، حدثنا شعيب بن زريق عن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته تطليقه وهي حائض ، ثم أراد أن يتبعها طلقتين آخرين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، والسنة أن تستقبل الطهر وتطلق لكل قرء ، فأمرني فراجعتها ، فقال إذا طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً ، أكان يحل لي أن أراجعها فقال لا ، كانت تبين منك ، وكانت معصية .

وذكره عبد الحق في أحكامه وأعله بعطاء الخراساني وقال انه أتى في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف في الحديث لا يقبل ما تفرد به . ورواه الطبراني في معجمه . وقال صاحب التنقيح عطاء الخراساني ، قال ابن حبان كان صالحاً غير انه كان سيء الحفظ كثير الوهم ، فبطل الإحتجاج وأحسن من هذا ما رواه النسائي بإسناده عن عبد الله ، قال طلاق السنة أن يطلقها تطليقة ، وهي طاهرة من غير جماع ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة ، فأخبر انه طلاق السنة ، وهي سنة رسول الله ﷺ .

(ولان الحكم يدار على دليل الحاجة) لا على حقيقة الحاجة ، لأن تباين الاخلاق وتنافر الطباع أمر باطن لا يمكن الوقوف عليها ، فأقيم السبب الظاهر ، وهو الامساك بالمعروف مقام دليل الحاجة (وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر) الخالي عن الجماع ، لأنه زمان رغبة فيها طبعاً وشرعاً ، فلا يختار فراقها إلا لحاجة (فالحاجة كالمتكرر نظراً إلى دليلها) أي دليل الحاجة ، فأصل المعنى كلما تكرر جعل كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت ، فأبيح تكرار الطلاق بالتفريق على الإطهار .

(ثم قيل ان الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر ، احترازاً عن تطويل العدة)

والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطلق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ، وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصياً .

أشار بهذا إلى اختلاف المشايخ في الطلاق السني ، فقال بعضهم الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر ، لأنه إذا لم يؤخر تتضرر المرأة يكون عدتها ثلاثة أطهار وثلاثة حيض كوامل ، فتطول عدتها لا محالة ، وهو في الخلاصة رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

(والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخرها ربما يجامعها) لأن الطهر زمان تجدد الرغبه (ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع) أي إيقاع الطلاق (عقيب الوقاع) أى الجماع ، فيكون الطلاق بدعيا ، وإنما قال المصنف والأظهر لأن محمداً قال في الأصل ، فاذا أراد أن يطلقها ثلاثاً طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض .

(وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثا) أى أو يطلقها ثلاث تطليقات (في طهر واحد ، فاذا فعل ذلك) أى الطلاق والتطليق بثلاث تطليقات بكلمة واحدة ، أى في طهر واحد (وقع الطلاق) وبانت منه وحرمت حرمة مغلظة (وكان عاصياً) لأنه ارتكب حراما . وقالت الظاهرية والشيعة لا يقع الطلاق في حالة الحيض ، والثلاث بكلمة واحدة . وعند الإمامية لا يقع شيء أصلا ، وبه قال المريسي ، وعند الزيدية منهم يقع واحدة ، ويزعمون انه قول علي رضي الله تعالى عنه .

وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنه كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ واحداً ، وكذا في زمن أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ، وثلاثا من مدة عمر رضي الله تعالى عنه ، رواه البخاري ومسلم . وفي المغني وكان عطاء وطاووس وسعيد بن جبير وعمرو ابن دينار وأبو الشعثاء يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة ، وقال القاضي أبو يوسف كان الحجاج بن أرطأة يقول طلاق الثلاث ليس بشيء قال محمد بن اسحاق واحدة كقول الشيعة .

وقال الشافعي « رح » كل طلاق مباح لأنــــه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر ، بخلاف الطلاق في حالة الحيض ، لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق

(وقال الشافعى كل الطلاق مباح) وبه قال أبو ثور وداود الظاهرى وابن حبيب من المالكية وأحمد فى رواية عند ارسال الثلاث مباح (لأنه) أى لأن الطـلاق (تصرف مشروع حتى يستفـاد منــه الحكم) بضم الدال لانــه حـال ، اى مستفـد بالطلاق الحكم ، وهو قوله (والمشروعية لا تجامع المحظور) وكل مـــا هو مشروع لا يكون محظوراً (بخلاف الطلاق فى حالة الحيض) هــذا جواب عما يقال كيف يصح العموم والطلاق فى حال الحيض حرام، فأجاب بقوله – بخلاف الطلاق فىحالة الحيض .

(لأن المحرم) بكسر الراء المشددة ، أى المحرم للطلاق ويجوز فتحها بـأن يقال ان المحظور (تطويل العـــدة عليها لا الطلاق)أي لا نفـسالطلاق وتطويل العدة ، كما إذا طلقها فى حالة الحيض ، لأن الحيض الذى وقع فيه الطلاق ليس بمحسوب فى العدة بالاجماع أو يلتبس أمر العدة عليها كما إذا طلقها فى طهر جامعها فيه ، لأنا لا ندرى انها حامل فتعتد بالأقراء ، أو حامل فتعتد بوضع الحمل ، والحاصل فى هذه المسألة ان عندنا يعتبر فى طلاق السنة التفريق والوقت .

وعند مالك يعتبر الواحدة والوقت . وعند الشافعى يعتبر الوقت ، ولا يلتفت إلى العدد ، والشافعى يستدل أيضا بقوله تعالى ﴿ ولا جنــاح عليكم إن طلقتم النساء ﴾ ٢٣٦ البقرة ، وهذا لأنه مطلق ، فيتناول الجمع والتفريق بما روي عن عويمر العجلاني انه لمـــا لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ﷺ ان امسكتها فهى طالق ثلاثا فلم ينكر عليه رسول الله ﷺ إيقاع الثلاث جملة ، وهذا الحديث متفق عليه ، وبـما ورد عن عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه انــه طلق امرأته تمـاضر فى مرض الموت ، وربما روي من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ان امرأة قالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني وبت وقت طلاقي ، ولم ينكر ، متفق عليه . وبما روي من حديث فـاطمة بنت قيس ان زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات .

ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظراً إلى دليلها ، والحاجة في نفسها باقية

والجواب عن الآية قد خص عنها الطلاق حالة الحيض والطلاق في طهر جامعها فيه فيخص المتنازع ، وهو الجمع . والجواب عن حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه وما شابه انه محمول على خلاف السنة ، بأن قال أنت طالق للسنة ، لأنه أليق بحالهم أن يعلموا على وفاق الكتاب والسنة ، ولأن تقليد الصحابي ليس بحجة عنده ،فكيف يحتج بفعل الصحابي علينا . والجواب عن حديث رفاعة انه ليس فيه طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة، ويجوز أن يكون مفرقاً على الأطهار . والجواب عن حديث فاطمة بنت قيس ان زوجها أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه إلى اليمن فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها رواه مسلم .

(ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأديان (والدنياوية) من السكن والإزدواج واكتساب الولد ، وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع (والإباحة للحاجة إلى الخلاص) يعني إباحة الطلاق إنما كانت للحاجة إلى الخلاص عن عهدة المرأة (ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث) لحصول الخلاص بما دونه .

(وهي في المتفرق على الاطهار ثابتة) هذا جواب عما يقال ، فكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث ، فكذا لا حاجة إلى المتفرق على الأطهار . فأجاب بقوله - وهي - أي الحاجة إلى الجمع بين الثلاث ، إذ لا حاجة إلى الطلاق المتفرق ثابتة (نظراً إلى دليلها) وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمراً باطناً كما تقدم .

(والحاجة في نفسها باقية) هذا جواب عما يقال دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة

فأمكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه إزالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره ، وهو ما ذكرناه ، وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا . واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الأصل انه أخطأ السنة ، لأنه لا حاجة إلى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً

فيما يتصور وجودها ، وها هنا لا يتصور ، لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة الطلاق في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأولى . فأجاب بقوله – والحاجة في نفسها – أي في ذاتها باقية (فأمكن تصوير الدليل عليها) لأن الإنسان قد يحتاج إلى جهة باب النكاح لبنائه فيها ، أو لحاجة أخرى . (والمشروعية في ذاته) هـــذا جواب عن قوله – والمشروعية لا يجامع الحظر – فأجاب بقوله والمشروعية في ذاته (من حيث انه إزالة الرق) أي إزالة قيد النكاح (لا تنافي الحظر لمعنى في غيره) تقريره أن يقال يجوز ان يكون الطلاق باعتبار قطع النكاح المسنون محظوراً في جامع المشروعية ، كالصلاة في الأرض المغصوبة ، والبيع في وقت النداء ، فإنهما مشروعان بذاتهما محظوران لغيرهمـــا ، ولا منافاة لاختلاف الجهة ، فلم يلزم من إثبات المشروعية انتفاء الحظر (وهو ما ذكرناه) من فرق المصالح الدينية والدنياوية .

(وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا) انه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث (واختلفت الرواية) عن أصحابنا فيما إذا طلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعهـــا فيه طلقة واحدة بائنة .

(قال في الأصل) أي المبسوط في كتاب الطلاق (انه أخطأ السنة) فيكره (لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي) أي الصفة الزائدة (البينونة) لأن الحاجة إلى الطلاق للحاجة ، ولا حاجة إلى صفة زائدة .

(وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً) أي في الحال ، وقال الاترازي ينبغي أن

والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت ، وسنة في العـــدد ، فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ، وقد ذكرناها ، والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيـــه ، لأن الداعي دليل الحاجة، وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ، أمـــا زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة ،

يقول وفي زيادات الزيادات ، لأن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسألة فيها لا في الزيادات ، فيحتمل انه وقع سهواً من الكاتب ، أو يحتمل انه إنما قال كذلك ، لأن زيادة الزيادات من تتمة الزيادات ، كأنها مسألة الزيادات .

(والسنة في الطلاق من وجهين سنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، وقد ذكرناها) يعني في اول الباب يعني أن السنة في الطلاق من حيث العدد أن يطلقها واحدة ، ويتركها حتى تنقضي عدتها ، وإنما سمي الواحد عدداً تجـــوزاً ، لأن أصل العدد ليس هو بعدد حقيقـة ،لأن العدد ما يوازي نصف حاشيته عن بعد سواء ، وليس الواحد إلا حاشية واحدة .

(والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) قال الشافعي ومالك واحمد والخلوة كالدخول عندنا في حكم العدد ومراعاة وقت السنة في الطلاق لأجل العدد مقام الخلوة فيه أيضاً مقام الدخول ، كذا في المبسوط (وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعهـا فيه ، لأن الداعي دليل الحاجة ، وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبه ، وهـو الطهر الخالي عن الجماع ، اما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة) فلم يكن فيها دليل الحاجة ، لقيامه مقامه ، وقال الكاكي قوله – في طهر واحـــد لم يجامعها فيه – ولم يسبق طـــلاق في حيض ذلك الطهر لم يكن الطلاق في ذلك الطهر

وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض ، خلافاً لزفر « رح » وهو يقيسها على المدخول بها . ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقبل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها ، وفي المدخول بها يتجدد بالطهر . قال وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى شهر طلقها أخرى، لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض، قال الله تعالى ﴿ واللائي يئسن من المحيض ﴾ إلى أن قال ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق ،

سنياً ، وإن لم يجامعها فيه وكذا لو وطئها حالة الحيض لم يكن الطلاق فيه سنياً في الذخيرة والزيادات .

(وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض ، خلافاً لزفر) فإنه يكره طلاقها في الحيض (وهو) أي زفر (يقيسها) أي يقيس غير المدخول بها (على المدخول بها . ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة) لأن الرغبة فيها لا تعتبر بحيضها ورغبته بعد الحيض ، كما كانت قبله ، لأن مقصوده لم يحصل منها ، فكان اقدامه على الطلاق لحاجة إليه لا لنفرته عنه ورغبته (لا تقبل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها) .

(وفي المدخول بها يتجدد) أي الرغبة (بالطهر وإذا كانت المرأة لا تحيض من من صغر أو كبر ، فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى شهراً طلقها أخرى ، لأن الشهر في حقها) أي في حق الصغيرة والكبيرة التي لا تحيض (قائم مقام الحيض) وكذا إذا كانت لا تحيض بالحمل عندنا لأن الحامل لا تحيض ، وعند الشافعي وإن كانت الحامل تحيض فطلاقه في حالة الحيض ليس ببدعة ، وقال ابن من أصحابه بدعة ولا يتأتى هذا خلاف الشافعي ، لان إيقاع الثلاث بكلمة واحد غير بدعة عنده ، ولكن الأولى التفريق على الاشهر ، وفي الأشهر ، وفى البسيط ليس فى طلاق للصغيرة والآيسة سنة ولا بدعة ، وبه قال أحمد ، وكذا الحامل عندهم .

(قال الله عز وجل ﴿ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ﴾ إلى ان قال ﴿ واللائى لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق) أورد هذه الاية الكريمة دليلا على ان الاشهر تقوم مقام الحيض فى

والاقامة في حق الحيض خاصة ، حتى يقـــدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر يعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان

حق هاتين الطائفتين ، قوله تعالى ﴿ واللائى لم يحضن ﴾ اى الصغائر اللاتي لم يبلغن ، او اللاتي بلغت بغير حيض كذلك يعتدون بثلاثة أشهر ، كذا فى التيسير ، وعن العلامة حميد الدين الضرير رحمه الله تعالى إنما قال لم يحضن ، وما قال لا يحضن لأنه لو قال لا يحضن يمكن أن لا ترى الحيض فى هذا الزمان ، ويمكن انها قد كانت رأت قبل هـــذا الزمان فقال لم يحضن ، يعنى لا يرين اصلا ، وقوله تعالى ﴿ واللائى لم يحضن ﴾ ء الطلاق مبتدأ ، وخبره محذوف ، أي واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر .

(والإقامة فى حق الحيض خاصة) أى إقامة الشهر مقام الحيض خاصة ، واحترز به عن قول بعض مشايخنا ، حيث قالوا الشهر فى التي لا تحيض يقوم مقام الحيض والطهر جميعاً ، واليه ذهب صاحب الينابيع وغيره ، وقال شمس الأئمة ظن بعض أصحابنا ان الشهر فى حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض ، والطهر فى حق التي تحيض ، وليس كذلك ، بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التي تحيض (حتى يقدر الاستبراء فى حقها بالشهر) أى فى حق الأمة التي لا تحيض من صغر او كبر .

(وهو) اى الاستبراء (بالحيض لا بالطهر) وقال الكاكي وغيره اختلاف أصحابنا يظهر فى حق الزام الحجة على البعض بإجماعهم ، لان الاستبراء يكتفى بالحيض ، على ان الشهر يقوم مقام الحيض ، إذ التبع خلف الأصل بحاله لا بذاته ، فإن قيل لما قام الشهر مقام الحيض ينبغي أن يكون الطلاق الثاني في الشهر الثاني في حالة الحيض . قلنا قـــد ذكرنا ان الخلف يتبع الأصل بحاله لا بذاته ، وذات الشهر طهر ، والشهر أقيم مقام الحيض في حكم خاص ، وهو انقضاء العدة لا في جميع الأحكام ، ألا ترى أن الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام ، والآيسة والصغيرة لا تحرم ، وكذا الطلاق الثاني .

(ثم إن كان الطلاق في أول الشهر) يعني إن كان إيقاع الطلاق في أول الشهر (يعتبر الشهور باهلة) أي يعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة (وإن كان)

في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يكمل الأول بالأخـــير والمتوسطان بالأهلة ، وهي مسألة الاجارات . قال ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان . وقال زفر « رح » يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض . ولأن بالجماع تفتر الرغبة ،

أي الايقـــاع (في وسطه) أي في وسط الشهر (فبالأيام) أي فيعتبر بالأيام (في حق التفريق) أى في تفريق الطلاق على الأشهر بالاجماع ، فيحتسب كل شهر ثلاثون يوماً في حق إيقاع الطلاق .

(وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة) لا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يوماً من وقت الطلاق (وعندهما يكمل الشهر الأول بالاخير) أى يكمل الشهر الأول بالشهر الاخير بالايام (والمتوسطان بالاهلة) اى ويكمل المتوسطان وهما ما بين الاول والاخير بالاهلة ، لان الاصل في الاشهر الاهلة (وهي مسألة الاجارات) أى المسألة المذكورة تمثل مسألة الاجارات على الخلاف المذكور إذا استأجر داراً شهوراً معلومة او سنة فى خلال الشهر ، فعند ابى حنيفة تكون السنة ثلاثمائة وستين يوماً ، وعندهما يكمل الاول بالاخير وما بينهما معتبر بالاهلية ، وعلى هذا الاجل في البيع .

(ويجوز أن يطلقها) أى ويجوز أن يطلق الآيسة او الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها بزمان) يعنى لا يشترط الفصل بشهر بين وطئها وطلاقها ، وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وأبو ثور وأبى عبيد ، وهو قول الحسن وابن سيرين وطـاووس وحماد بن سليمان وربيعة . وقال شمس الائمة كان شيخنا يقول هكذا إذا كانت الآيسة لا يرجى منها الحيض والحبل ، وأما إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل فالافضل الفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ، ولا منافاة بينه وبين قول المصنف ، لان الافضلية لا تنافى الجواز .

(وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض) فيمن تحيض ، وفيها يفصل بين طلاقهـــا ووطئها بحيضة ، فكذا هنا بشهر (ولان بالجمـاع تفتر الرغبة) فكانت بمنزلة

وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر . ولنا انـــه لا يتوهم الحبل فيها ، والكراهة في ذوات الحيض باعتباره ، لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة ، والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر ، لأنه يرغب في وطيء غير معلق فراراً عن مؤن الولد ، فكان الزمان زمان رغبـة ، فصار كزمان الحبل

ذات الاقراء إذا جومعت فى الطهر (وإنما تتجدد) أي الرغبة (بزمان) فلا بد منه ، وهو الشهر .

(ولنا انه) أي ان الشأن (لا يتوهم الحبل فيها) اى فى التي نحن فيهـــا من الايسة والصغيرة (والكراهة) اى كراهية الطلاق بعد الجماع (فى ذوات الحيض باعتباره) أي باعتبار الحبل (ولان عند ذلك) أي عند توهم الحبل (يشتبه وجه العدة) أي وجه عدتها ، فلا يدرى انها حامل فتعتد بالاقراء ، او حامل فتعتد بوضع الحمل .

(والرغبة وإن كانت تقل من الوجه الذى ذكر) هذا جواب عن قول زفر ، وإنـما تتجدد الرغبة وإن كانت تفتر من وجه . فأجاب بقوله – والرغبة وإن كانت تقل – من القلة من الوجه الذى ذكره زفر ، ويجوز أن يكون على صيغة المجهول أي من الوجه الذي ذكره الان (ولكن تكثر من وجه آخر) أي ولكن الرغبة من وجه آخـر لا يقال إذا تعارض دليل كثرة الرغبة مع دليل فتور الرغبـة ، يتساقطان لأنا نقول لا يلزم من زوال الرغبة زوال أصل الرغبة فيكون الإقدام على الطلاق في زمان الرغبة .

والذي يظهر لي أن المصنف أجاب عنه بقوله (لأنه يرغب في وطيء غير معلق) انه يترجح جهة الرغبة بكون الوطيء غير معلق ، بضم الميم وسكون العين المهملة وكسر اللام ، وبالقاف من أعلق المرأة إذا أحبلها وثلاثية علق ، يقال علقته المرأة إذا احبلت علوقاً (فراراً) أي لأجل الفرار (عن مؤن الولد) بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة (فكان الزمان زمان رغبـــة ، فصار كزمان الحبل) وفي الذخيرة قيل إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل ، فالأفضل أن يفصل بينهما بشهر .

وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع ، لأنه لا يؤدى إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطيء لكونه غير معلق ، أو فيها لمكان ولده منها ، فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد « رح » لا يطلقها للسنة إلا واحدة ، لأن الأصـــل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها ، فصار كالممتد طهرها .

(وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع ، لأنه لايؤدي إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطيء لكونه) أي لكون الوطيء (غير معلق) أي غير محبل (أو فيها) عطف على قوله – في الوطيء – والضمير يرجع إلى الحامل يعني ان زمان الحبل زمن الرغبة في الوطيء ، لأنه في حالة الحبل غير معلق ، وهـــو زمان الرغبة في الحامل (لمكان ولده منها) أي لأجـــل حصول ولده من الحامل (فـلا تقل الرغبة بالجماع) لأن الولد داع إلى رغبة الرجل في أمه ، ولما كان زمان الرغبة لايقع طلاقها عقيب الجماع.

(ويطلقها) أي الحامل (للسنة ثلاثـاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة إلا واحدة ، لأن الأصل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) لقوله تعالى ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ ١ الطلاق وقال ابن عباس أي الأطهار عدتهن ، ففي ذوات الأقراء ترقب على الأقراء ، وفي حـــق الايسة والصغيرة على الأشهر ، لأن كل شهر فصل من فصول العدة في حقهن ، كالقـرء في ذوات الاقراء (والشهر في حق الحامل ليس من فصولها) أي من فصول العدة ، لأن مدة الحمل ، وإن طـالت فهي طهر وحيض واحد حقيقة وحكماً ، ألا ترى ان انقضاء العدة لا يتعلق .

(فصار كالممتد طهرها) فلا يكون محلا لتفريق الثلاث ، لأن شهورها وإن امتدت فهو

ولهما ان الإباحة لعلة الحاجة والشهر دليلها ، كما في حق الآيسة والصغيرة ، وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة ، فصلح علماً دليلاً ، بخلاف الممتدة طهرها ، لأن العلم في حقها إنما هو الطهر ، وهو مرجو فيها في كل زمان ، ولا يرجى مع الحبل ، وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ،

فصل ، ولا تفرق التطليقات فيه . وقال محمد بلغنا عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري أن الحامل لا تطلق أكثر من واحدة للسنة . وقول الصحابي إذا كان فقيها يقدم على القياس ، هكذا في المبسوط ويقول محمد قال الشافعي ومالك وأحمد .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الإباحة) أي إباحة الطلاق (لعلة الحاجة) أي باعتبار الحاجة (والشهر دليلها) أي دليل الحاجة في حق الحامل (كما في حق الايسة والصغيرة) أي كما انها دليل الحاجة في حقهما ، لأن مدة الحمل مدة كاملة ، ولهذا يلزمها الحد وأحكام العدة ، فكانت كالشهور في حقهما (وهذا) أي كون الشهر دليلا في حق الايسة والصغيرة (لأنه) أي لأن الشهر (زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة) إنما قال هذا لأن الشخص ربما لا يرغب في المرأة في أكثر من شهرين أو ثلاث بآفة عارضة في ذاته . أما الشخص السليم عن الافة فلا بد أن يجدد الرغبة في المرأة في شهر فصلح للشهر دليلا على الحاجة .

(وصلح) أي الشهر (أن يكون علما ودليلا على وجود الحاجة) والحكم يدار على دليلها ، فإذا وجد وجه على ما أبيح لأجله الطلاق ، فيكون نكاحا مباحا (بخلاف الممتد طهرها) هذا جواب عن قياس قول محمد ، بيانه هو قوله (لأن العلم في حقها) أي لأن العلم على الحاجة في حقها هو الطهر بعد الحيض ، يعني تجدد طهر يعقبه الحيض (وهو) أي تجدد الطهر (مرجو فيها في كل زمان) لأنه يمكن أن تحيض فتطهر ، لانها ليست يائسة ولا صغيرة (ولا يرجى) أي تجدد الطهر (مع الحمل) لأن الحامل لا تحيض ، فإذا رأت دما لا يعتبر حيضها .

(وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) ويأثم بإجماع الفقهاء ، وعند

لأن النهي عنه لمعنى في غيره ، وهو ما ذكرنا فلا تنعدم مشروعيته ، ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها ، وقد طلقها في حالة الحيض ، هذا يفيد الوقوع

الشيعة وابن علية وهشام بن الحكم والظاهرية لا يقع (لأن النهى عنه) أى عن الطلاق فى حالة الحيض (لمعنى فى غيره ، وهو ما ذكرنا) وهو تطويل العدة والإشتباه أمر العدة أوصله بالتدارك (فلا تنعدم مشروعيته) لأن النهى لمعنى فى غيره لا يعدم المشروعية كما عرف فى الأصول . قيل المراد بالنهى ها هنا المستفاد من ضد الأمر المذكور من قوله تعالى ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ ١ الطلاق ، أى لإظهار عدتهن . وقيل المراد بالنهى قوله تعالى ﴿ ولا تمسوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ ٢٣١ البقرة .

(ويستحب) أى للرجل الذى طلق امرأته فى حالة الحيض (ان يراجعها) هذا لفظ القدورى رحمه الله تعالى ، وقال محمد فى الاصل ، وينبغى له أن يراجعها (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (لعمر رضى الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما انه طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر رضى الله تعالى عنه رسول الله ﷺ ، فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر . فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله تعالى .

وفي لفظ البخارى ومسلم انه طلق امرأته تطليقة واحدة وهي حائض . قوله – مره – أي مر من أمر يأمر أمراً ، بهمزتين ، فحذفت الهمزة التي هي فاء الفعل للاستثقال ، واستغنى عن همزة الوصل فحذفت أيضاً ، فصار – مر – على وزن عل والكاف في قوله – ابنك – خطاباً لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وابنه عبد الله .

(وقد طلقها) الواو للحال ، أى والحال ان ابن عمر قد كان طلق امرأته (في حالة الحيض) وكان طلقها واحدة كما في الذي ذكرناه (وهذا) إشارة إلى قوله عليه السلام – فليراجعها – (يفيد الوقوع) أي وقوع الطلاق إذ لا يتصور الرجعة بدون الوقوع

والحث على الرجعة ثم الاستحباب ، وقول بعض المشايخ والأصح انه واجب عملاً بحقيقة الأمر رفعاً للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهي العدة ، ودفعاً لضرر تطويل العدة . قال فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها ، قال «رض» وهكذا ذكر في الاصل ،

(والحث) أي ويفيد الحث (على المراجعة) أي على أن يراجعها .

(ثم الإستحباب) أي استحباب الرجعة (قول بعض المشايخ) وبه قال الشافعي وأحمد (والأصح انه) أي أن المراجعة أو الرجعة ذكر الضمير على تأويل الرجوع (واجب عملاً بحقيقة الأمر) لأن مطلق الأمر للوجوب حقيقة . قال الاترازي قال صاحب الهداية والأصح انه واجب ، ولأن فيه نظر محمداً لم يذكر في الأصل لفظ الوجوب ، بل قال ينبغي له أن يراجعها ، قال في الأصل وإذا طلق الرجل امرأته وهي حائض فقد أخطأ السنة ، والطلاق واقع عليها ، فينبغي أن يراجعها ، وشمس الأئمة نقل في المبسوط لفظ محمد كذلك ، ولم يذكر الوجوب . ثم قال الاترازي نعم يحتمل أن تكون الرجعة واجبة ، لأن الأمر بالمراجعة مطلقة ، ومطلق الأمر يدل على الوجوب انتهى ، قلت أراد الاترازي بقوله التصرف فقط ، إذ لا حاجة للتنظير فيه ولا للاعتذار بعد ذلك .

(ورفعاً للمعصية) أى ولأجل رفع المعصية لأن إيقاع الطلاق في الحيض معصية والسبيل في رفع المعاصي برفعها (بالقدر الممكن) أى بقدر ما أمكن كالبيع الفاسد ، والنكاح الفاسد (برفع أثره) أى برفع أثر المعصية ، وذكر الضمير على تأويل العصيان والمعصية الطلاق في حالة الحيض (وهو) أي أثره هو (العدة) أي أثر الطلاق الذي هو سببه هو العدة (ودفعاً لضرر تطويل العدة) أي ولأجل رفع الضرر بطول العدة عليها برفعها بالمراجعة .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى فإذا طهرت أي بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت ، فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها قال) أي المصنف رحمه الله (هكذا ذكر في الأصل)

وذكر الطحاوي «رح» أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى. قال أبو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر في الأصل قولهما. ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة، والفاصل ها هنا بعض الحيضة، فتكمل بالثانية ولا تتجزأ، فتتكامل، وإذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي بينه زمان السنة، فأمكن تطليقها على وجه السنة. وجه القول الآخر ان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلقها في الحيض، فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه.

أي هكذا ذكر محمد في المبسوط، لأنه قال فيه فإذا طهرت من حيضة أخرى طلقها واحدة قبل الجماع. وهذا يدل على أن الطهر الذي يقع في الطلاق هو الطهر الذي بعد حيضة أخرى، لا الطهر بعد حيضة أوقع فيها الطلاق. قال المصنف (وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة. قال أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكره في الأصل قولهما) أي قول أبي يوسف ومحمد. وفي الكافي هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وبه قال الشافعي في المشهور عنه ومالك وأحمد، وما ذكره الطحاوي برواية عن أبي حنيفة. وبه قال الشافعي في وجه.

(ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة، والفاصل ها هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ) أي الحيضة الثانية (فتكامل وجه القول الآخر) أراد به ما ذكره الطحاوي (أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلقها في الحيض، فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه) أي يلي الحيض.

واعلم ان المصنف بين وجه القولين المذكورين بالمعاني الفقهيه، ولم يرجع إلى الحديث المروي في الباب، لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث. فروى البخاري بإسناده إلى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال لعمر

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة ولا نية له فهي طالق عنـد كل طهر تطليقة لأن اللام فيه للوقت ووقت السنةطهر لاجماع فيه وان نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحـــدة فهو على ما نوى ، سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر . وقال زفر لا تصح نية الجمـع لأنه بدعة وهي ضد السنة .

رضي الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها ... الحديث ، وقد ذكرناه عن قريب ، وهـذا يدل على رواية الأصل . وروى الترمذي في جامعه باسناده إلى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال مره فليراجعها ... الحديث ، وقد ذكرناه أيضاً ، وهذا يدل على روايـــة الطحاوي فلاجل التعارض بينهما لم يذكرهما المصنف واكتفى بما ذكره في الكتاب .

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) هذا إذا لم يجامعها طاهـر ، ولو جامعها فيه لا يقع حتى تحيض وتطهر إذا لم ينو شيئاً أو نوى عند كل طهر تطليقة وعند الشافعيورواية عن أحمد يقع الثلاث في الحال إذا لم يجامعها وهي طاهرة . ولو جامعها في ذلك الطهر لا تطلق الثلاث حتى تحيض وتطهر ، لأن عنده لا سنة ولا بدعـــة في العدد حتى ولو نوى تفريق الثلاث على الأطهار لا يقبل قوله في المشهور عنه . وعن بعض أصحابه يقبل وقـال مالك لا أعرف المباح من الطلاق إلا واحدة ، فيكون الثلاث مدعيا عنده وقيد به وقـد دخل بها لأن غير المدخول بها تطلق ثلاثاً في الحال بالإجماع .

(لأن اللام فيه) أي في قوله للسنة (للوقت) بأن يستمار الوقت فكأنه قال ووقت السنة (ووقت السنة) في الطلاق (طهر لاجماع فيه) أى طهر خال عن الجماع .

(وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت) أي تلك الساعة (في حالة الحيض أو في حالة الطهر . وقـــال زفر لا تصح نية الجمع لأنه) أي لأن الجمع بين الثلاث (بدعة وهي) أى البدعة (ضد السنة) والشيء لا

ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سنة وقوعاً من حيث أن وقوعه بالسنة لا إيقاعاً فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته . وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى ، لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ماينا ،

يحتمل ضده ، فقد نوى ما لا يحتمل لفظه فيلغو .

(ولنا أنه) أي ان الجمع (يحتمل لفظه) وهو السنة من حيث الوقوع (لأنه سني وقوعاً) أي من حيث الوقوع (من حيث ان وقوعه) أي وقوع الثلاث جملة عرف (بالسنة) وهو قوله عليه السلام من طلق امرأته الفاً بانت منه بثلاث ، والباقي رد عليه (لا إيقاعاً) لأن إيقاع الثلاث جملة مكروه (فلم يتناوله مطلق كلامه) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل وذا في السني وقوعاً وإيقاعا .

فإن قيل الوقوع بدون الإيقاع محال لأنه انفعال فإذا صح الوقوع صح الإيقاع ، فكان سنياً وقوعاً وإيقاعا ، وليس كذلك . أجيب بأن الوقوع لا يوصف بالحرمة ، لانه ليس فعل مكلف ، ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة ، والإيقاع يوصف بهما لكونه فعل المكلف ، فكان أشبه بالسنة المرضية ، فكذلك قال سني وقوعا .

(وينتظمه) أي ينتظم الجمع (عند نيته) لانه سني من وجه ، فكان محتمل لفظ السنة ، وفيه تشديد على نفسه على ذلك ، فصح نيته كما لو قال كل مملوك لي حر لا يتناول المكاتب لقصور الملك يداً . ولو نواه يصح ويعتق ، وكذا لو حلف لايأكل لحما لا يتناول لحم السمك لقصوره في اللحمية ، ولو نواه صح ويحنث بأكله. (وإن كانت آيسة أو من ذوات الاشهر) يعني صغيرة مدخولا بها فقال أنت طالق ثلاثاً للسنة (وقعت الساعة) بالنصب على أنها ظرف(واحدة) أى طلقة واحدة (وبعد شهر أخرى) أى يقع بعد شهر طلقة أخرى (وبعد شهر طلقة أخرى ، لأن الشهر في حقها دليل الحاجة) كما تقدم وأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا) إشارة إلى ماذكر في التعليل قريبا من ورقة بقوله ــ لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض .

وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت ، فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع ، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث .

(وان نوى أن تقع الثلاث الساعة وقعت عندنا) خلافا لزفر (لما بينا) إشارة إلى قوله لانه سني وقوعا (بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ، ولم ينص على الثلاث ، حيث لا تصح نية الجمع فيه) قيل هكذا ذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الأئمة السمرقندي (لان نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ، ومن ضرورته تعميم الواقع) أي ومن ضرورة تعميم الوقت الذي هو ظرف الوقوع تعميم الواقع فيه ، أي يلزم من ضرورة تعميم الوقت يعمم الواقع فيه أي في الوقت ، لانه جعل الوقت ظرفاً للواقع ، وقد تكرر الظرف ، فتكرر المظروف .

(فإذا نوى الجمع ، بطل تعميم الوقت) فيبطل تعميم الواقع فيه ، لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى (فلا يصح فيه الثلاث) بخلاف ما إذا ذكر ثلاثا ، لان الثلاث مذكور صريحا ، فتصح نيته . وقال الاترازى بعد قوله – ومن ضرورة تعميم الواقع فيه – ولنا فيه نظر ، لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع إلا طلقة واحدة عندنا ، خلافا لزفر ، لان الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ، ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى . ودفع نظره بأن المراد من تعميم الوقت تعميم وقت السنه لا مطلق الوقت ، فيلزم من تعميمه تعميم الواقع .

* * *

فصـــل

ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلاً بالغاً ، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز إلا طلاق

(فصـــل)

أي هذا فصل . لما ذكر طلاق السنة لانه الأصل ، وذكر ما يقابله من طلاق البدعة ، شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع .

(ويقع طلاق كل زوج إذا كان بالغا عاقلا) وهذا بالإجماع (ولا يقع طلاق الصبي) وفي المغنى الحنابلة إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ، وهو أكثر الروايات عن أحمد ، واختاره أبو بكر والخرقي وابن حامد ، وزعموا أن ذلك مروي عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق وروى أبو الحارث عنه إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين العشر إلى اثنتي عشرة . وفي الجامع إذا كان الصبي مجبوباً وفرق بينهما بالجب ، يكون طلاقاً على المذهب ، وإن لم يقع طلاق الصبي ومنهم من جعله فسخاً .

(والمجنون) من جن الرجل واجنه الله فهو مجنون ، ولا تقل مجن ، وقيل الفاصل بين المجنون والمعتوه والعاقل وان العاقل من يستقيم كلامه وافعاله ، والمجنون ضده ، والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء . وقيل المجنون من يفعل ما يفعله المجانين أحياناً عن قصد ، والعاقل ما يفعله المجانين أحياناً لا عن قصد ، على ظن الصلاح . والمعتوه يفعل ما يفعله المجانين عن قصد مع ظهور الفساد . وفي الصحاح المعتوه الناقص العقل . وفي الذخيرة من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعله المجنون .

(والنائم) وفي الذخيرة وطلاق النائم غير واقع ولا موقوف وإن أجاز بعدما انتبه ولو قال النائم أوقعت ما تلفظت به في النوم لا يقع . وفي المحيط إن أجازه بعد بان قال أجزت الطلاق يقع (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (كل طلاق جائز الا طلاق

الصبي والمجنون ، ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديم العقـــل ، والنائم عديم الاختيار . وطلاق المكره واقع خلافاً للشافعي « رح» هو يقول ان الاكراه لا يجامـــع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي ، بخلاف الهازل ، لأنـه مختار في التكلم بالطلاق .

الصبي والمجنون) هذا حديث غريب ، وذكر المصنف أيضاً في الحجة لكن بلفظ المعتوه عوض المجنون . واخرج الترمذي عن عطاءبن محجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ، وقال هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً من حديث عطاء ، وهو ضعيف ذاهب الحديث وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حفص بن غياث عن حجاج بن عطاء عن أبي عباس قال لا يجوز طلاق الصبي في شرح الطحاوي ، ولو أن الصبي والمجنون طلق امرأته لم يقع طلاقه ، وكذا المغمى عليه والمبرسم والمدهوش والنائم والمعتوه ، والذي يشرب الدواء مثل البنج ونحوه فتغير عقله إذا طلق واحـــد من هؤلاء زوجته لم يقع طلاقه (ولأن الأهلية بالعقل والتميز وهما) أي الصبي والمجنون (عديم العقل والنائم عديم الإختيار) وشرط التصرف الشرعي إنما هو بالإختيار (وطلاق المكره واقع) وهو قـول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وبه قال الشعبي وابن جبير والنخعي والزهري وسعيد بن المسيب وشريح القاضي وأبو قلابـة عبد الله بن زيد الحرمي التابعي الكبير ، وقتادة والثوري (خلافاً للشافعي) فإنه يقول لا يقع طلاق المكره ، وبه قال مالك وأحمد ، ويروى عن ابن عباس . وابن عمر وابن الزبير رضي الله تعالى عنهم ومن التابعين الحسن وعطاء والضحاك .

(هو) أي الشافعي (يقول ان الاكراه لا يجامع الإختيار وبـــه) أي وبالإختيار (يعتبر التصرف الشرعي) ولا اعتبار في التصرف إلا باختيار (بخلاف الهازل ، فإنه مختار في التكلم بالطلاق) واستدل الشافعي أيضاً بقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعاً لحاجته اعتباراً بالطائع ،وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهـــذا آية القصد والاختيار إلا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل . وطلاق السكران واقع .

(ولنا انه)أي ان المكره (قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته) أي في حال عقله وتمييزه وكونه مخاطباً) وبالاكراه لا يخرج عن ذلك(فـــلا يعرى عن قضيته) أي عن حكمه ، لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته (دفعاً لحاجته) أي لحاجة المكره وحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل والجرح ونحو ذلك (اعتباراً بالطائع) وفي وقوع طلاقه دفعاً لحاجته (وهذا) إشارة إلى قوله والطلاق (لأنه عرف الشرين واختار أهونهما) أي أهون الشرين وهو الطلاق(آية القصد)أي علامة القصد (والإختيار) وهذا جواب عن قوله الاكراه لا يجامـــع الاختيار (إلا انه) أى غير ان المكره(غير راض بحكمه) الضمير يرجع إلى إيقاع الطلاق وحكمه وقوع الطلاق وهذا جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً لما كان له اختيار فسخ العقد الذى باشره مكره من البيع والشراء والإجارة وغيرها وليس كذلك . وتقريره أنه غير راض بحكمه (وذلك) أى عدم الرضى بحـــكم الطلاق (غير مخل) أى بحكمه (كالهازل) فإنه يقع طلاقه مع عدم الرضى بوقوعه .

وأصحابنا استدلوا أيضاً بما روي عن علي وابن عباس وابن مسعود أنهم قـــالوا كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي . وحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أيضاً الذى رواه الترمذى وقد ذكرناه . والجواب عن الحديث الذى استدل به الشافعي أنه لا حجة له لأن التجاوز والعفو عن الطلاق والعتاق لا يصح لأنـــه غير مذنب فلم يـــدخل تحت الحديث .

(وطلاق السكران واقع) وكذا يصح اعتاقه وخلعه وبه قال الشافعي في المنصوص والأصح وهو قول الثورى ومالك وأحمد في رواية وفي المبسوط المنصوص للشافعي جديداً وقديماً وقوع طلاق السكران ، ونص في الظهار على قولين ، فمنهم من نقل من الظهار قولاً

إلى الطلاق ، ومعظم العلماء صاروا إلى وقوع طلاق السكران . وفي المغني وهو قول سعيد ابن المسيب ومجاهد وعطاء والحسن البصرى وابراهيم النخعي والأوزاعي وميمون بن مهران والحكم وشريح وسليمان بن يسار ومحمد بن سيرين وابن شبرمة وسليمان بن حرب وابن عمر وعلي وابن عباس ومعاوية رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال قتادة وحميد وجابر بن زيد وابن أبي ليلى وعمر بن عبد العزيز والحسن بن حميد .

وقال ابن حزم أجاز مالك جميع تصرفاته الاربعة لقول أصحابنا وروى ابن وهب عنه أنه يجوز طلاقه دون نكاحه . وقال صاحب مطرف بن عبد الله لا يلزمه شيء من تصرفاته الأربعة ، الطلاق والعتق والقتل والقذف . وعن عثمان رضي الله تعالى عنه انه لا يقع طلاقه ، وبه قال طاووس والقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد الأنصارى ، وربيعة وعبد الله بن الحسن والليث بن سعد وإسحاق وأبو ثور والمزني وأبو سليمان وابن شريح وأبو طاهر الزيادى وأبو سهل الصعلوكي وابنه سهل من الشافعية وزفر بن هذيل وأبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخي وقال عثمان البتي لا يلزمه منه عقد ولا بيع ولا نكاح ولا حد إلا حد الخمر فقط .

وقال الليث لا يلزمه شيء بقوله ، وأما ما عمل بيده من قتل أو سرقة أو زنى فإنه يقام عليه . وفي الذخيرة طلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر والنبيذ ولو أكره على الشرب فسكر أو شرب للضرورة فذهب عقله يقع طلاقه . وفي جوامع الفقه عن أبي حنيفة يقع ، وبه أخذ شداد ولو ذهب عقله بدواء أو أكل البنج لا يقع ، وذكر عبد العزيز الترمذى أنه قال سئل أبو حنيفة وسفيان الثورى عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق ، قالا ان كان يعلم حين شرب ما هو يقع والا لا يقع . ولو شرب الخمر ولم يوافقه فصعد منه فزال عقله وقع طلاقه . ولو سكر من الأنبذة المتخذة من الحبوب والعسل لا يقع طلاقه عندهما ، وعند محمد يقع . وفي الينابيع لو سكر بالبنج والدواء لا يقع طلاقه بالإجماع كالنائم بخلاف ما لو شرب رأسه حتى زال عقله فإنه لا ينفذ تصرفاته ولا يجعل عقله باقياً ، وإن كان زواله بمعصية لنذوره ولهذا لا يشرع فيه حد . ذكره في

واختيار الكرخي والطحاوي « رح » انه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي « رح » لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل ، فصار كزواله بالبنج والدواء . ولنا أنه زال بسبب هو معصية ، فجعل باقياً حكماً زجراً له ،

المحيط بخلاف زواله بالخمر ونحوه أي فاعتبر عقله باقياً ، ووجب عليه الفرائض زجرا له..

(واختيار الكرخي والطحاوى انه) أى طلاق السكران لا يقع وهو أحد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل زائل فصار كزواله بالبنج والدواء ، أى كزوال العقل باستعمال البنج وشرب الدواء ، فإن فيهما لا يقع الطلاق بالإتفاق ، وكذا إذا أكل الافيون أو شرب لبن الرمكة فسكر به ، والبنج تعريب – بنك – قال في المغرب وهو نبت له حب يسكر ، وقيل يثبت ورقه وقشره وبزره . وفي القانون هو سم يخلط العقل ويبطل الذكر ويحدث جنونا وخناقاً .

(ولنا أنه زال بسبب هو معصية ، فجعل) أى عقله (باقيا حكما زجراً له) أى عقوبة عليه . قيل في كلامه تسامح ، لأنه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب . وأجيب بأن المغلوب كالمعدوم ، فلذلك أطلق عليه الزوال . ويقال ولئن سلمنا أنه زوال ولكنه حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في إسقاط ما بني على التكليف ، بل يجعل باقيا زاجراً وتنكيلا . ألا ترى انه ألحق بالصاحي في حق وجوب القصاص وحد القذف حتى لو قتل وقذف في هذه الحالة يجب القصاص وحد القذف ، فلأن يلحق بالصاحي فيما لا يسقط بالشبهة أولى . واعترض بوجهين أن شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر. والثاني : انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجراً له كانت الردة والاقرار بالحدود أولى لأن الزجر والعقوبة هناك أتم .

وأجيب عن الأول : بأن الشراب نفسه معصية ليس فيه إن كان انفصال ولا جهة إباحة يصلح لإضافة التخفيف . وعن الثاني : بأن الركن في الردة الاعتقاد ، والسكران

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول أنه لايقع طلاقه وطلاق الأخرس واقع بالاشارة ، لأنها صارت معهودة ، فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة ، وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله . وطلاق الأمـــة ثنتان ، حراً كان زوجها أو عبداً .

وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً .

غير معتقد لما يقول فلا نحكم بردته ، لانعدام ركنها للتخفيف عليه بعد تقرر السبب ، وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لا يثبت على شيء عما أقر به ، فيؤثر فيما يحتمل الرجوع .

(حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع ، نقول أن لا يقع طلاقه) لأن حكمه يصير كحكم الاغماء .

(وطلاق الأخرس واقع بالإشارة) إن كانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقـــه وعتاقه وبيعه وشرائه يقع استحسانا ، سواء قدر على الكتابه أم لا . وبة قال الشافعي ومالك لانه يحتاج إلى ما يحتاج اليه الناطق . ولو لم يجعل إشارته كعبارة الناطق لادى إلى الحرج وهومدفوع شرعاً. وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وإن كان الاخرس لا يكتب وكانت له إشارة في الاشياء التي ذكرناها فهو جائز استحسانا . وفي القياس لا يقع شيء من ذلك بإشارته لا يستبين من إشارة الاخرس حروف منظومة ، فبقي مجرد قصد الإيقاع ، وبهذا لا يقع . وإن لم يكن له إشارة معلومة تعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل ، لعدم الوقوف على مراده . وفي الينابيـع هذا اذا ولد أخرساً أو طرأ عليه ودام ، وان لم يدم لم يقع طلاقه . وقال قتادة يطلق ولي الأخرس ومثله عن الحسن البصرى .

(لانها) أي لان إشارة الاخرس (صارت معهودةفأقيمت مقام العبارة دفعاللحاجة) أي لاجل دفع حاجته (وستأتيك وجوهه) أي وجوه طلاق الاخرس (في آخـــر الكتاب) أي في آخر كتاب الهداية لا في آخر كتاب الطلاق ..

(وطلاق الامة ثنتان) أنث الطلاق باعتبار التطليق (حراًكان زوجها أو عبداً . وطلاق الحرة ثلاث حراًكان زوجها أو عبداً) وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن

وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ، ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ، ومعنى الآدمية في الحر أكمل ،

مسعود رضي الله تعالى عنهما رواه ابن حزم في المحلى ، فقال ولا يثبت ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه .

(وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال) والعدة بالنساء وبه قال مالك في الموطأ وعند أصحابنا عدة الطلاق معتبرة بالنساء وكذا العدة ، وبه قال سفيان وأحمد وإسحاق . وثمرة الخلاف تظهر في حرة تحت عبد ، أو في أمة تحت حر ، ولا خلاف في حرة تحت حرة أو أمة تحت عبد ، وقال السروجي قال داود وهمام وقتادة ومجاهد والحسن البصري وابن سيرين وعكرمة ونافع وعبيدة السلماني ومسروق وحماد بن أبي سليمان والحسن بن جني والثوري والنخعي والشعبي يطلق العبد الحرة ثلاثا، وتعتد بثلاث حيض ، ويطلق الحر الامة ثنتين وتعتد بحيضتين . وعند الائمة الثلاث مالك والشافعي وأحمد يطلق الحر الامة ثلاثا وتعتد بحيضتين ، ويطلق العبد الحرة ثنتين وتعتد بثلاث حيض ، حرر ذلك الرافعي وصاحب الانوار وابن حزم عنهم .

(لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (الطلاق بالرجال والعدة بالنساء) هذا الحديث غريب مرفوعاً ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً على ابن عباس ، ورواه الطبراني في معجمه موقوفاً على ابن مسعود ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه موقوفاً على عثمان وزيد بن ثابت وابن عباس رضي الله تعالى عنهم . وجه الإستدلال به انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ، ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر ، فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر ، وتحقيقاً للمقابلة .

وأشار المصنف إلى تعليله بقوله (لأن صفة المالكية) أي كون الشخص مالكاً (كرامة ، والآدمية مستدعية لها) أي الكرامة بتكريم الله تعالى ﴿ ولقد كرمنا بني آدم ﴾ ٧٠ الاسراء (ومعنى الآدمية في الحر أكمل) فإن العبد يشتمل على جهة الآدمية والمالكية ،

فكانت مالكيته أبلغ وأكثر . ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتهـــا حيضان ،

ولهذا يباع في الاسواق كما تبـــاع الدواب والثياب ، وتجب القيمة في قتله ، كما في البهيمة (فكانت مالكيته أبلغ وأكثر) وقال الأكمل فـــإن قلت الدليل أخص من المدعى إذ المدعي أن الطلاق بالزوج حراً كان أو عبداً ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حـــراً كان مالكاً . قلت إذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل.

(ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان) وهذا الحديث روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، أخرجه الترمذي وابن ماجة . وقال أبو داود بعدأن أخرجه هذا الحديث مجهول . وقـــال الترمذي حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث مظاهر بن أسلم لا يعرف له في العلم غير هذا الحديث . ونقل الذهبي في ميزانـــه تضعيف مظاهر عن أبي عاصم النبيل ويحيى بن معين وأبي حاتم الرازي والبخاري . ونقل توثيقه عن ابن حبان . قلت التوثيق أقوى لأن الأصل في الراوي العدالة . واخرج ابن ماجة هذا الحديث عن ابن عمر مرفوعاً نحـــوه سواء ، ورواه البزاز في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه . وقال الدارقطني تفرد به عمر بن مسيب وهو ضعيف لايحتج بروايته والصحيح ما رواه نافع وسالم عن ابن عمر من قوله واخرج الحاكم هذا من حديث ابن عباس، وقال الحديث صحيح ولم يخرجاه . وقال ذلك بعد ان خرج حديث عائشة . وقال مظاهر ابن أسلم شيخ من البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا .

وجه الإستدلال بهذا أنه عليه السلام ذكر الأمة بـلام التعريف ولم يكن ثمة معهود ، فكان للجنس ، وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس اثنتين ، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان بعض الإماء ثنتين ، ولم تبق اللام للجنس .

فإن قيل يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت العبد عملا بالحديثين . أجيب بـــأنه يقتضي أن تكون الهاء في عدتها عائداً لها ، فيكون تخصيصاً لهابكون عدتها حيضتين ، إذ لا مرجع للضمير سواها ، وليس كذلك ، فإن عدة الأمة حيضتين سواء كان حراً أوعبداً بالاتفاق ، وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الإستخدام ، ويكون المراد بالأمة أمة تحت

ولأن حل المحلية نعمة في حقها والرق أثر في تنصيف النعم ، إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكامل عقدتان. وتأويل ما روي أن الايقاع بالرجال.
وإذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته ، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى .

عبد، والضمير عائد إلى مطلق الأمة. والجواب أن ذلك خطابية لا يجرى في مقام الإستدلال.

(ولأن حل المحلية) أي حل أن تكون المرأة محلا للنكاح (نعمة في حقها) أي في حق المرأة ، لأنها تتوصل بذلك إلى دور النفقة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها (والرق أثر في تنصيف النعم) فيكون للحر أزيد منه للعبد ولا يملك العبد من التزوج أكثر من اثنتين ، فكذا في حق النساء ، فإنه لا يتزوج مع الحره ولا بعد هذا ، كأنه جواب عما يقال لما كان حل المحلية نعمة في حق الحرة وجب تنصيفه في حق الأمة بتطليقة ونصف، فأجاب بقوله (إلا أن العقدة) أي التطليقة (لا تتجزأ) أي لا يمكن تجزئتها (فتكامل عقدتين) أي تطليقتين .

(وتأويل ما روى) أي الشافعي (أن الإيقاع بالرجال) يعني قوله الطلاق بالرجال أي إيقاع الطلاق بالرجال ، فإن قيل هذا معلوم فلا يحتاج إلى ذكره . أجيب بل كان إلى ذكره حاجة لأن المرأة في الجاهلية إذا كرهت الزوج غيرت البيت ، وكان ذلك طلاقاً منها ، فرفع ذلك بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال .

(وإذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه ثم طلقها وقع طلاقه، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى) لأن ملك النكاح من خواص الآدمية والعبد فبقى فيها على أصل الحرية ، فكان يجب أن يملك النكاح بدون إذن مولاه ، لكن لو قلنا به لتضرر المولى فتركناه .

* * *

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية. فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك ، فهذا يقع به الطلاق الرجعي ، لأن هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره ، فكان صريحاً ، وأنه يعقب الرجعة بالنص ، ولا يفتقر إلى النية ، لانه صريح فيه ، لغلبة الاستعمال .

(باب إيقاع الطلاق)

أي هذا باب في بيان إيقاع الطلاق . ولما ذكر أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنوعه من حيث الإيقاع على ما يجيء بيانه مفصلا إن شاء الله تعالى .

(الطلاق) أي التطليق (على ضربين صريح) أي أحدهما صريح وهو ما ظهر المراد به ظهوراً بينا ، بحيث يسبق إلى فهم السامع مراده (وكناية) أي والثاني كناية وهي مالا يظهر المراد منه إلا بنية . ثم الطلاق لا يقع بمجرد الغرم والنية عند أئمة العرب وأصحابهم وقال الزهري يقع بمجرد العزم والنية من التطليق .

(فالصريح قوله) أي قول الرجل لامرأته (أنت طالق ومطلقة وطلقتك ، فهذا يقع به الطلاق الرجعي) أي الطلاق الرجعي (لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق لا تستعمل في غيره فكان صريحاً وأنه يعقب الرجعة بالنص) وهو قوله تعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ﴾ ٨٢٢ البقرة سماه بعلا فدل على أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية .

فإن قلت لفظ الرد يدل على زوال ملكه . قلت أطلق إسم الرد بعد انعقاد سبب زوال الملك ، فيكون رد السبب من إثبات زوال الملك ، ويكون فسخاً للسبب ،ويطلق الرد على الفسخ كما يقال رده بالعيب ، انه فسخ .

(ولا يفتقر إلى النية لانه صريح فيه لغلبة الإستعمال) أي على الطلاق ولا دلالة على

وكذا إذا نوى الإبانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ، ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ، أو يـدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله . ولو نوى بـه الطلاق عن العمـل لم يدين في القضاء ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، لان الطلاق لرفـع القيد وهو غير مقيد بالعمـل . وعند أبي حنيفة « رح » أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص .

البينونة ، وهذا باجماع الفقهاء . وقال داود يفتقر الصريح إلى النية لاحتمال غير الطلاق . قلت هذا الإحتمال مرجوح ، فـــلا يعتبر نفي الاستعمال في الطلاق والنية في تعيين المبهم والإبهام فيها (وكذا) أي وكذا يكون معقباً للرجعة (إذا نوى الإبانة) بلفظ الصريح (لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه كالوارث إذا قتل مورثه يحرم الميراث ، لأنه قصد تعجيل ما أخره الشرع .

(ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وكسرها لغتان ، والافصح الفتح ، يعني لو نوى الطلاق عن قيد (لم يدين في القضاء) يعنى لم يصدق قضاء . وفي المغرب قولهم يدين أي يصدق (ولانه خلاف الظاهر) أي لأن نية الطلاق عن وثاق خلاف الظاهرفلايصدق قضاء (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه) أي لأن كلامه (يحتمله) والله مطلع على نيته (ولو نوى به) بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يـدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الطلاق لرفع القيد ، وهو غير مقيد بالعمل) بالتذكير . قال الأكمل وهـــو قيد بتأويل الشخص أو الذات ، وليس بشيء ، بل الضمير يعود إلى القيد الذى يرفعـه الطلاق وهو النكاح . وقال الاترازى وهو غير مقيد بالعمل بالنكاح فلا يصح بنية الطلاق عن العمل أصلا ، لا قضاء ولا ديانة . والمعنى أى الزوج غير مقيد المرأة بالعمل فلا تصح نية الطلاق عن العمل أصلا .

(وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى) هذه رواية رواها الحسن عن أبي حنيفة (لأنه) أى لأن الطلاق (يستعمل للتخليص) فكان معناه أنت

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً . قال ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى ، لانه محتمل لفظه ، فإن ذكر الطلاق ذكر لغة

مخلصة عن العمل ، وهذا إذا لم يصرح بذكره . أما إذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانه وقضاء رواية واحدة .

(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية ، لانها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحا) إذا لم يكن صريحاً كان كناية لعدم الواسطة ، والكناية تحتاج إلى النية . ولو قال بالطاء أي طالق لا يقع وإن نوى . ولو قال أنت طالق من هذا القيد لم تطلق لأنه لم يرد به قيد النكاح . ولو قال أنت طالق ثلاثاً من هذا القيد طلقت ثلاثاً ولا يصدق في القضاء في ترك الطلاق لأنه لا يتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات ، وانما يرتفع ثلاث مرات قيد النكاح . وفي الذخيرة لو قال أنت طالق من قيد اوغل أو عمل ذكر هذه المسألة في موضعين ، فأجاب في أحدهما أن لا يقع في القضاء ، وأجاب في الأخرى أنه يقع في القضاء . وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لو قال أنت طالق من هذا القيد أو من هذا العمل لم تطلق ، وإن قال ثلاثاً تطلق ثلاثاً كما تقدم .

(قال ولا يقع به إلا واحدة) هذا من كلام القدوري رحمه الله تعالى متصل بقوله – فهذا يقع به الطلاق الرجعي – أي لا تقع بكل واحد من الألفاظ الثلاث المذكورة إلا واحدة (وان نوى اكثر من ذلك) كلمة إن واصلة بما قبله وهذا قول الحسن البصري وعمرو بن دينار والاوزاعي والثوري وأبي سليمان وأبي ثور .

(قال الشافعي يقع ما نوى) من ثنتين أو ثلاث ، وبه قال مالك والليث وزفر وأحمد في رواية وهو مذهب الظاهرية ، وهو قول أبي حنيفة الأول ، ولم يرتضيه ورجع عنه ، ذكره في المبسوط . وفي البدائع وهو غير ظاهر الرواية ، لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق يعني لفظ الطالق (ذكر للطلاق لغة) لكون لفظ الطالق نعته وهو لا يتحقق

كذكر العالم ذكر للعلم ، ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصباً على التمييز . ولنا أنـــه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان، وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد ، لأنـه ضده وذكر الطالق ذكر للطلاق هو صفةللمرأة لا الطلاق والطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف ،معناه طلاقاً ثلاثاً، كقولك أعطيته جزيلاً، أي عطاء جزيلاً.

بدون المشتق منه (كذكر العالم ذكر للعلم) لان ذكر النعت يقتضي وصفاً ثابتاً بالموصوف لغة ، فإن ذكر العالم ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف .

(ولهذا) أى ولكونه محتمل لفظه (يصح قران العدد به) أى بقوله أنت طـالق (ويكون) أى العدد (نصبا على التمييز) والتميز من محتملات اللفظ لما صح التمييز .

(ولنا انه) أى قوله أنت طـــالق (نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق ، فلا يحتمل العدد) اى النعت الفرد لا يحتمل العدد (لان الضد لا يحتمل الضد ، وذكر الطالق) جواب عن قوله – فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة – وتقديره بـأن ذكر الطلاق (هو صفة للمرأة) لانه نعت من الثلاثي ، وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة (لا للطلاق) يعني ليس بصفة الطلاق (هو تطليق) يعني الطلاق الذى هو بمعنى التطليق ، كسلام بمعنى التسليم ، ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضرورى تتصف به المرأة ليس بفعل الزوج ، لكنه يقتضي الثاني تصحيحاً له ، فكان ثابتاً ضرورة صحة الكلام مقتضى ، ولا عموم له .

(والعدد الذى يقترن به) جواب عن قوله – ولهذا يصح قران العدد به – تقريره ان العدد الذى يقرن ، أى بقوله أنت طالق (نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً) يعني انت طالق طلاقاً ثلاثاً ، فلا يـــدل على وقوع الثلاث الا لمصدر المحذوف الموصوف بالثلاثة لا قوله أنت طالق ، ثم مثل لوقوع المصدر المحذوف المنعوت بقوله (كقوله) أى كقول القائل (أعطيته جزيلا أى عطاء جزيلا) فالذى دل على هذا ، كثرة العطاء هو المصدر المحذوف المنعوت ، لاقوله أعطيته لانه لا يدل إلا على مجرد الإعطاء فافهم .

ولو قال أنت الطلاق ، أو أنت طلاق الطلاق ، أو أنت طالق طلاقاً ، فإن لم تكن له نية أو نوى واحـــدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث . ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر ، لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق ، فإذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة أولى واما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم، يقال رجل عدل أي عادل ، فصار بمنزلة قوله أنت طالق ، وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقـع الطلاق بـه أيضاً ،

(ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقاً ، فإن لم تكن له نيـــة أو نوى واحدة) أى أو نوى بواحد من هذه الالفاظ الثلاث طلقة واحدة (أو ثنتين) أى او نوى طلقتين (فهي) اى الطلقة بهـــذه الالفاظ طلقة (واحدة رجعية) فوقع الطلاق بهذه الالفاظ ظاهراً لانها صريحة في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه (وإن نوى ثلاثاً) اى ثلاث طلقات طلقة (فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) وهو قوله أنت طالق الطلاق (والثالثة) أي وقوع الطلاق باللفظة الثالثة ، وهو قوله أنت طالق طلاقاً (ظاهر) بالرفع خبر لقوله ووقوع الطلاق .

(لأنه) أي لأن الرجل (لو ذكر النعت) أي الصفة (وحده يقع به الطلاق فـإذا ذكره) أي فإذا ذكر النعت (وذكر المصدر معه) اي مع النعت (وانه) اي والحال أن ذكر المصدر مع النعت (يزيد وكاده) اي يزيد المصدر وكادة ، اي تأكيداً كقولـك قمت قياماً ، وقعدت قعوداً ، وقوله (أولى) جواب إذا .

(واما وقوعه باللفظة الأولى) وهو قوله أنت الطلاق (فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم ، يقال رجل عدل ، أي عادل) للمبالغة (فصار) أي قـــوله انت الطلاق (بمنزلة قوله أنت طالق) وعلى هذا لو قال انت طلاق ، يقع الطلاق به ايضاً) لأنه بمعنى طالق ، والخلاف في قوله أنت الطلاق صريح أو كناية ، فعندنا ومالك والشافعي في قول صريح وقال الشافعي إنها كناية ، وبه أخذ القفال .

ولا يحتاج فيه إلى النية، ويكون رجعياً لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ، وتصح نية الثلاث ، لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنــــه اسم جنس فيعتبر كسائر أسماء الأجناس، فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها،خلافاً لزفر «رح» . هو يقول أن الثنتين بعض الثلاث فلمـــا صحت نية الثلاث، صحت بعضهـا ضرورة ، ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً حتى لو كانت المرأة أمـــة تصح نية الثنتين باعتبار معنى

فإن قلت أنت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية الثلاث ، كما لا يصح في انت طالق . قلت اجيب بأن نية الثلاث إنما لا يصح في طالق ، لانه نعت فرد كما تقدم ، واما الطلاق فهو مصدر في اصله ، وإن وصفت به يلمح فيه جانب المصدريـة ، وصحت نية الثلاث . وقال الطحاوي في مختصره فلو قال انت طالق لم يكن اكثر من واحدة وإن نوى اكثر منها ، وفرق بينه وبين انت الطلاق للتعريف،وليس ذلك بمشهور بين اصحابنا.

(ولا يحتاج فيه إلى النية ، ويكون رجعيا لما بينا ، لأنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس) يتناول القليل والكثير (فيعتبر كسائر اسماء الاجناس فيتناول الأدنى) وهو الواحد (مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافـــاً لزفر) فإنه يقول يصح نية الثنتين وبـــه قال الشافعي ومالك .

(هو) اي زفر (يقول ان الثنتين بعض الثلاث ، فلما صحت نية الثلاث) بالإجمـاع (صحت نية بعضها ضرورة) لأن المصدر يحتمل الواحد والاثنين ، ولهذا يصح ان يوصف به ، فتصح النية ، لانه يحتمل لفظه . ويقول زفر قـال مالك والشافعي (ونحن نقول) يعني في جواب زفر (نية الثلاث إنما صحت لكونه جنساً) اي لكون الثلاث جنسـاً للطلاق من حيث العددية ؛ حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى

الجنسية ، أما الثنتان في حق الحرة عدد ، واللفظ لا يحتمل العدد ، وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان، وذلك إما بالفردية أو الجنسية ، والمثنى بمعزل منهما . ولو قال أنت طـــالق الطلاق ، وقال أردت بقولي طالق واحـــدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق ، لأن كل واحـــد منهما صالح للإيقاع ، فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان

الجنسية في حقها) لان ذلك جنس طلاقها (اما الثنتين في حق الحـرة عدد) اى عدد محض لا واحد حقيقة ، ولا واحد اعتباراً (واللفظ) اي لفظ الاثنين (لا يحتمل العدد) لعدم صدق حد العدد عليه .

(وهذا) اي كون اللفظ لا يحتمل العدد (لان معنى التوحد مراعى في ألفـــاظ الوحدان) بضم الواو جمع واحد قال الجوهرى الواحـــد اصل العدد والجمع وحدان مثل شاب وشبان ، ومراعاة التوحد إما باعتبار الذات كزيد وإما باعتبار النوع كـرجل ، وإما باعتبار الجنس كالحيوان ، ولا تنوع في لفظ الطلاق . فلا بد من مراعاة التوحد فيه .

(وذلك) أي مراعاة التوحد يكون بأخذ الأمرين (إما بالفردية) بطريق الحقيقة او بطريق الإعتبار ، وأشار إليه بقوله(أو الجنسية)وهو بطريق الاعتبار كما قلنا إن صحة النية في الثلاث بقوله أنت طالق باعتبار ان الثلاث جنس طلاقها وهو واحد اعتباراً عند تعدد الأجناس ، فصحت النية بالثلاث باعتبار أن الثلاث واحد لا باعتبار أنها عـدد (والمثنى بمعزل منها) أي الإثنان بمعزل من الفردية والجنسية ، لأنـــه لم يوجد فيه معنى التوحيد لا بحسب الذات ولا بحسب الجنسية ، ومعنى بمعزل بعيد عنه . وقال ابن دريد يقال انا عن هذا الأمر بمعزل أي متنح .

(ولو قال أنت طالق الطلاق ، فقال أردت بقولي طـــالق واحدة ، وبقولي الطلاق أخرى) أي طلقة اخرى (يصدق لأن كل واحد منهما) أي من قوله طالق و من قوله الطلاق (صالح للايقاع) بإضمار انت (فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان) اي طلقتان رجعيتان

إذا كانت مدخولا بهـــا ، وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها ، أو إلى ما يعـبر به عن الجملة وقع الطلاق ، لأنه أضيف إلى محله ، وذلك مثل أن يقول أنت طالق،لأن التاءضمير المرأة أو يقول رقبتك طالق، أو عنقك طالق ، أو رأسك طالق ، أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك ، لأنه يعبر بها عن جميـــع البدن . أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما ،قال الله تعالى ﴿ فتحرير رقبة﴾ ٩٢ النساء ، وقال ﴿ فظلت أعناقهم ﴾ ٤ الشعراء ،

(إذا كانت مدخولاً بها) وإن كانت غير مدخول بها ألغى الثاني ، وهو قياس قـــول الشافعي . وقال الاترازي هكذا نقله في شرح الجامع الصغير عن الفقيه أبي جعفر ، وذلك مروي عن ابي يوسف ومنعه فخر الإسلام البزدوي لان طالق نعت وطلاقاً مصدره ، فلا يقع إلا واحدة ، وكذا في انت طالق الطلاق .

(وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها) اي إلى جملة المرأة مثل قـوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة (او إلى ما يعبر به عن الجملة) اي او اضاف الطلاق إلى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق (وقع الطلاق لأنه اضيف إلى محله) اي لأن الطلاق اضيف إلى محله وهي المرأة ، لأن التاء ضمير المخاطبة وهي عبارة عن المـــرأة (وذلك) إشارة إلى قوله لانه اضيف إلى محله (مثل ان يقول انت طالق لأن التاء ضمير المرأة) وهي عبارة عنها كما ذكر (او يقول) بالنصب عطفاً على قـــوله ان يقول (رقبتك طالق وعنقك وروحك أوبدنك أو فرجك أو جسدك أو وجهك لأنه يعبر بها) اي بهذه الالفاظ (عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر) لأنهما عبارة عن جملة المرأة (وكذا غيرهما) اي غير الجسد والبدن من الألفاظ المذكورة ظاهر .

ثم شرع في بيان ذلك ويوضحه بقوله (قال الله تعالى ﴿ فتحرير رقبة ﴾ ٩٢ النساء) اي تحرير مملوك ولم يرد الرقبة بعينها (وقال الله تعالى ﴿ فظلت اعناقهم لها خاضعين﴾ ٤ الشعراء) وأراد بالاعناق الذوات ولهذا لم يقل خاضعة ولو أريد بهـا حقيقة العنق لقيل

وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ، ويقال فلان رأس القوم ووجه العرب ، وهلك روحه بمعنى نفسه .

خاضعة (وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج) واراد بالفروج النساء ، وهـذا الحديث غريب جداً .

وقال مخرج الأحاديث ولهذا يعد شيخنا علاء الدين حيث استشهد بحديث أخرجـه ابن عدى في الكامل قال ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي ﷺ نهى عن ذوات الفروج ان يركبن السروج ، فإن المصنف استدل بالحديث المذكور على أن الفروج هي الأعضاء التي يعبر به عن جملة المرأة كالوجه والعنق ، بحيث يقع الطلاق بـإسناده إليه . وحديث ابن عدي أجنبي عن ذلك ، واخرج ابن عدي أيضاً عن علي بن علي المزني عن ابن جريـج عن عطاء عن ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ ذوات الفروج أن يركبن السروج ، وضعفه يعلى بن أبي علي وقال انه مجهول .

(ويقال فلان رأس القوم) أي كبيرهم وليس المراد به العضو بل الشخص وكذا يقال فلان اعتق كذا وكذا رأسا ، ويقال امرىء حسن ما دام رأسك سالماً ، لكن ، هـذا فيما إذا تكلم بإضافة الرأس ، اما إذا قال رأسك طالق والرأس منك طالق ووضع يده على رأسها وقال هذا العضو منك طالق ، فقال شمس الائمة السرخسي في شـرح الكافي لا يقع بشيء ووجهه ان لا يراد بـه الذات (ويا وجه العرب) اي انت وجه ، لان الاستعمال شائع بين العرب بقول بعضهم لبعض يا وجه ويريدون به الذات وقال الله تعالى ﴿ كل شيء هالك إلا وجهه ﴾ اي ذاته (وهلك روحه اي نفسه) اراد به الذات . وفي الينابيع اي ان اضافة الى العضو لا يبقى الإنسان بفقـده يقع وإن كان يبقى بفقده ولا يقع ، ومثله في العتق لا يبقى الإنسان بفقده وقيل يرد عليه القلب. قال المرغيناني لا رواية في القلب.

وفي المحيط وإن كان عضو لا يعبر به عن البدن لا يقع وإن نوى ولو قال بعضك طالق ذكر شمس الائمة السرخسي انها لا تطلق ، وذكر شمس الائمة الحلواني انهـا تطلق . وفي الزيادات لو قال وبرك طالق لا يقع ، وفي خزانة الاكمل لو قال إستك طالق يقع عند أبي يوسف كما لو قال فرجك. وفي الروضة لو قال إستك طالق يقع ولم يحك خلافاً ولاقول لاحمد

ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمـــه هدر ومنه النفس وهو ظاهر ، وكذلك ان طلق جزءاً شائعاً مثل أن يقول نصفك طالق ، لأن الجزء الشائع محـــل لسائر التصرفات كالبيع وغيره ، فكذا يكون محلاً للطلاق ، إلا انه لا يتجزأ في حق الطلاق ، فيثبت في الكل ضرورة ، ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق ، وقال زفر والشافعي « رح » يقع ،

ولو قال خرتك طالق أو بلغمك أو ظفرك او اصبعك او شعرك لا يقع (ومن هذا القبيل الدم) اي مما يعبر به عن جملة البدن الدم ، بأن قال دمك طالق انه يقع في رواية هي رواية كتاب الكفالة ، فانه لو غل بدم الانسان يصح او اشار في كتاب العتاق ان اضافـــة الطلاق الى الدم لا تصح فانه لو قال دمك حر لا يعتق ، وانما قال من هذا القبيل لان القدوري لم يذكر هذا .

(يقال دمه هدر) يراد به ان نفسه هدر (ومنه) اي ومن هذا القبيل (النفس وهو ظاهر) لان النفس عبارة عن الذات (وكذا) اي وكذا يقع الطلاق (ان طلق جـزءاً شائعاً منها مثل ان يقول ان نصفك طالق او ثلثك طالق لان الجزء الشائـــع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره) .

نحو الوصية (فكذلك يكون محلا للطلاق ، إلا انه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل) اي يثبت الطلاق في كل المرأة (ضرورة) اي لاجل الضرورة ، وهو عـــدم إمكان التجزؤ .

(ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق ، لم يقع الطلاق ، وقال زفر والشافعي يقع) وبه قال مالك وأحمد . وفي السروجي ولو أضاف الطلاق الى يديها او رجليها يقع عند بعض اصحابنا ، بخلاف اليد الواحدة وقال القاضي الاشبه بمذهب أصحابنا انه لو اراد باليد جميع البدن يقع . وقال شمس الائمة سبط بن الجوزي في الانصاف لو نوى باليد جميع البدن

وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن . لهما أنه جزء متمتع بعقـــد النكاح ، وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح ، فيكون محلاً للطلاق ، فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل ، كما في الجزء الشائع ، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنـع إذ الحرمـة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء ،

يقع (وكذا الخلاف) اي بيننا وبين زفر والشافعي (في كل جزء معين لا يعبر بـــه عن جميع البدن) كالاصبع واليد والرجل ، وقد بقيت أعضاء لم تذكر وهي الاذن والحاجب والانف والخـــد والصدر والثدي والسن والكتف والخاصرة والجنب والركبة والقدم والرئة والمرارة وغيرها مما يشبهها ، ويؤخذ حكمها مما تقدم . وعند زفر والائمة الثلاثة يقع الطلاق في جميع ذلك الا عند أحمـــد لا يقع في السن والظفر والشعر كقولنا ، وفي البسيط لا يقع بالاضافة الى الجنين وفضلاتها كالبول والمني واللبن والمخاط والدمع والعرق ، وفيه وجه انه يقع إلا في الجنين ، والدمع قيل كالفضلات ومنهم من قطع بالوقوع به وفي الاعضاء الباطنة كالكبد والرئة والقلب ونحوها يقع ، وفي حياتها وروحها يقـع وسمنها وشحمها تردد ولا حياة في الشحم ، وفي الصفات كالحسن والقبح واللون لا يقع ولم يذكر الطول والعرض والقصر .

(لهما) أي لزفر والشافعي (انه) اي ان الجزء المعين (جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حال) اى الذى يكون الاستمتاع بعقد النكاح حاله (يكون محلا لحكم النكاح) وكل ما كان الشيء محلا للنكاح (فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم) اى حكم الطلاق (فيه) اى في الاستمتاع (قضية للاضافة) اى توقية لاضافة الطلاق فيه (ثم يسري إلى الكل) اي إلى كل المرأة (كما في الجزء الشائع) يسري الى الكل (بخلاف مـا اضيف النكاح إليه) وهذا جواب عما يقال لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح ، لانعقد النكاح إذا اضيف اليه ، ثم يسرى الى الكل . فأجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح .

(لان التعدى) اى السراية (ممتنع إذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء)

وفي الطلاق الامر على القلب . ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها ، وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد ، لانه ينبيء عن رفع القيد ، ولا قيد في اليد ، ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه ، بخلاف الجزء الشائع ، لانه محل للنكاح عندنا ، حتى تصح إضافته إليه ، فكذا يكون محلاً للطلاق.

فيمنع من السريان (وفي الطلاق الامر على القلب) يعني مضى الطلاق على غلبة الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء

(ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله فيلغو) يعني لا يقع (كما اذا اضافه) اى الطلاق (الى ريقها) بأن قال ريقك طالق (او ظفرها) بأن قال ظفرك طالق وهذا توضيح لما قبله (لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه) اى الطلاق (ينبيء عن رفع القيد ولا قيد في اليد) لانه عبارة عن المنع مع القدرة عليه ، واليد لا توصف بكونها قادره عليه ، فلا توصف بالقيد (ولهذا) اى ولاجل عدم معنى القيد فيها (لا يصح اضافة النكاح اليها) فلو قال نكحت يدك وقبلت المرأة لا ينعقد النكاح (بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا حتى يصح اضافته إليه) اى اضافة النكاح الى الجزء الشائع (فكذا يكون محلا للطلاق) وقد مر عن قريب .

فان قيل قد جاء في الآية والحديث ان اليد تطلق على كل البدن ، قال الله تعالى ﴿ تبت يدا ابي لهب ﴾ ١ المسد اى نفسه . وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ، فلم لا يقع الطلاق باعتبار أنه يعبر عن الكل . قلنا قد ذكر في الأسرار والمبسوط أراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وفي الآية اضاف الهلاك إلى اليد لأنه أراد رمي النبي ﷺ بالحجر ، فكان ذلك دليلا على أن المراد به جميع البدن . ولو كان في عرف القوم عبارة عن البدن يقع الطلاق بإضافته إلى انيد . والطلاق يبنى على العرف ، حتى لو لم يكن في بلاد ذلك العرف لا يقع . ولهذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ، والعربي إذا تكلم به وهو لا يدري ما هو لم تطلق . وهذا باب لا مناقشة فيه .

واختلفوا في الظهر والبطن ، والأظهر أنه لا يصح لانه لا يعتبر بهما عن جميع البدن ، وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلث تطليقة كانت طالقاً تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل ، وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا .

(واختلفوا في الظهر والبطن) يعني إذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق ، لأن الظهر والبطن في معنى الأصل ، إذ لا يتصور النكاح بدونهما ، ويعبر بالظهر عن الكل كما يقال فلان يقوي ظهرك ، وقوله ﷺ لا صدقة إلا عن ظهر غنى (والأظهر انه لا يصح الطلاق) اي لا يقع الطلاق (لانه لا يعبر بهما) أي الظهر والبطن عن جميع البدن . ولو قال ظهرك او بطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهراً .

(فإن طلقها نصف تطليقة) بأن قال أنت طالق نصف تطليقة (او ثلثها) اي او قال انت طالق ثلث تطليقة (كانت طالقاً تطليقة واحدة ، لأن الطلاق لا يتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل) هذا قول عامة العلماء . وقال ثقات القياس وربيعة الرأي لا يقع شيء بذلك النصف والجزء وثلث من الف جزء من الطلاق (وكذا الجواب في كل جزء سماه) يعني يقع واحدة ، وذلك كالعفو عن بعض القصاص يكون عفواً عن الكل (لما بينا) وهو انه لا يتجزأ وذكر بعضه كذكر كله . ولو قال انت طالق نصفي تطليقة يقع واحدة لأنه أوقع أجزاء تطليقة واحدة ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . ولو قال لموطوأته انت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة يقع ثلاث لأنه أوقع من كل تطليقة واحدة جزء ، فإنه نكر التطليقة في كل كلمة ، والنكرة إذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الأولى ، وفي غير الموطوءة يقع واحدة ، لأنها بانت بالأولى ، كما لو قال انت طالق وطالق ، ولو قال نصف تطليقة وثلثها وربعها يقع واحدة لأنه اضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة بحرف الكناية ، وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح .

وقال بعض المشايخ يقع ثنتان وبه قال الشافعي في أحد قوليه . ولو قال لأربع نسوة بينكن تطليقة طلقت كل واحدة منهن تطليقة واحدة ، وبه قال الشافعي . وكذلك

ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً ، لأن نصف التطليقتين تطليقة ،فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تطليقتين تكون ثلاث تطليقات ضرورة . ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان ، لأنها طلقة ونصف ، فتكامل. وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها ، فيصير ثلاثاً . ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة . وإن قال من واحدة إلى ثلاث

بينكن تطليقتان او ثلاث او أربع ، إلا إذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعاً يقع على كل واحدة منهن ثلاث تطليقات ، إلا في التطليقتين . فإنه يقع على كل واحدة منهن تطليقتان، وإن قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين ، وكذا ما زاد إلى ثمان . فإن زاد عن الثمان فقال تسع طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً ، فإن زاد على الثمان فكل واحدة منهن طالق ثلاثا .

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثة . لان نصف التطليقتين تطليقة ، فإذا جمع بين ثلاثة انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وهذه من خواص الجامع الصغير وهو ظاهر (ولو قال لها انت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان) وهذا هو المنقول في الجامع الصغير عن محمد ، وإليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابى في شرح الجامع الصغير . وقال العتابي هو الصحيح (لأنها تطليقة ونصف فيتكامل) اي النصف فيصير تطليقتين .

(وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلاثاً) اي ثلاث تطليقات .

(ولو قال انت طالق من واحدة إلى ثنتين او ما بين واحدة) اي لو قال انت طالق ما بين واحدة(إلى ثنتين فهي واحدة) اي طلقة واحدة (ولو قال من واحدة إلى ثلاث

أو ما بين واحـــدة إلى ثلاث فهي ثنتان ، وهـذا عند أبي حنيفة «رح» ، وقالا في الاولى ثنتان ، وفي الثانية ثلاث . وقال زفر «رح» وهي في الاولى لا يقع شيء ، وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس ، لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية ،

او ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان) اي طلقتان (وهذا) اي المذكور في الحكم (عند ابي حنيفة . وقـــالا في الأولى) أي في المسألة الأولى (يقع ثنتان) اي طلقتان (وفي الثانية) أي في المسألة الثانية (ثلاث) أي يقع ثلاث تطليقات .

(وقال زفر في الأولى لا يقع شيء ، وفي الثانية يقع واحدة هذا) الكلام مشتمل على الغايتين فعندهما تدخل الغايتان وعند زفر لا يدخلان ، وعند ابي حنيفة يدخل الإبتداء دون الانتهاء – والقسم الرابع هو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء ولم يقل بـــه أحد ، واختلفوا فيه قال من واحدة إلى واحدة ، والصحيح انه يقع واحدة ويلغوا آخر كلامه ، ذكره قاضي خان ، وعلل بأن الشيء الواحد حداً ومحدوداً ، فيلغوا آخر كلامه ويبقى قوله أنت طالق . وقال السروجي فيه نظر لأن إلى واحدة نكرة ، وهي غير الـواحد بالاولى فلا تكون الواحدة حداً ومحدوداً .

من جوامع الفقه من واحدة إلى واحدة ولم يحك خلافاً ، ومن واحدة إلى اخرى وإلى الثانية واحدة عنده ، وعندهما ثنتين ومن ثنتين إلى ثنتين اثنتان عندهما ، وعنده ثلاث . في المبسوط ما بين واحدة إلى اخرى على قياس قول زفر لا يقع شيء . وعند ابي حنيفة يقع واحدة ، وعندهما ثنتان . ومن واحدة إلى واحدة قيل على الخلاف وقيل تقع واحدة بالاتفاق ، وتلغو الغاية وفيه مـــا بين واحدة إلى الثلاث او من واحدة إلى الثلاث فهو واحدة في القياس ، وبه قال زفر ، وعندهما ثلاث وعند ابي حنيفة ثنتان .

(وهو القياس) اي قول زفر هو القياس (لان الغايـــة لا تدخل تحت المضروب له الغاية) أي تحت الشيء التي تضرب له الغاية ، وهو المعنى لان الغايـة إنما تذكر للفصل بينها وبين المضروب ، فينبغي ان لا يدخل تحته ليحصل الفصل بينها كما في المسوحات،

كما لو قال بعت منك من هـذا الحائط إلى هذا الحائط . وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد بـــه الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة . ولأبي حنيفة « رح » أن المراد بـــه الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين ومـــا بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه ،

كذا في جامع البرهاني (كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط) لا يدخل الجدار في البيع

(وجه قولهما) اى وجه قول أبي يوسف ومحمد (وهو الاستحسان . أن مثل هـــذا الكلام متى ذكر في العرف) أي في عرف الناس (يراد به الكل ، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائه) كان له أن يأخذ المائة ، وكذا لو قال كل من الملح إلى الحـلو يريد به تعميم الاذن، وكذا لو قال اشترى لي هذا العبد من مائة إلى ألف يكون له إذن بالشراء بألف ، إذ مطلق الكلام يحمل على المتعارف .

(وجه قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن المراد بمثله)[1] أي بمثل هذا الكلام بحسب العادة ، وهو أيضاً يحتج بالعادة (الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر) وهو مـا بينهما (فانهم يقولون سني من ستين إلى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه) يعني الاكثر والاقل من الاكثر .

قال الاترازي فيه نظر لانـــه لا يتمشى من واحدة الى ثنتين . وأجيب بأنه يتمشى أيضاً لان الاكثر فيه الثلاث ، والاقل فيه الواحد والاكثر من الاقل ، والاقل من الاكثر الثنتان . وقيل هذا ليس بشيء ، لان قوله – لان الاكثر فيه يعني في الطلاق – وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في الاقل والاكثر من كلام المتكلم ، والثلاث غير مذكورة فيه.

---

(١) هذه غير عبارة المصنف ، وربما هي من نسخة أخرى ، ا هـ مصححه .

وإرادة الكل فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكر ، والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة لتترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها

وقال الاكمل قوله ان المراد به الاكثر من الاقل إذا كان بينهما ، وذلك في قوله - من واحدة الى ثلاث وقوله والأقل من الأقل معناه إذا لم يكن بينهما ، وذلك كما في قوله من واحدة إلى ثنتين - وعلى هذا سقط الاعتبار ، انتهى .

وقد حاج أبو جعفر زفر حيث قال له كم سنك ، فقال سني ما بين ستين إلى سبعين ، فقال له انت اذا ابن تسع سنين ، فتحير زفر . وقال فخر الاسلام حاج الاصمعي زفر على باب الرشيد ، فقال له ما قولك في رجل قيل له ما سنك فقال ما بين ستين إلى سبعين أن يكون ابن تسع سنين . وقال استحسن في مثل هذا ما ذكر لابي يوسف ومحمد . وقال الاترازى وجوابه ان المراد في العرف والعادة من قول الرجل سني ما بين العددين المذكورين ، ولا شك ان العدد الذى بينهما اكثر من ستين ، وما كان اكثر من ستين كيف يكون تسعة ، ولا يصح سؤال الاصمعي ، وكذا يقول زفر في قوله ما بين واحد الى ثلاث ان المراد ما بين العددين ، وهذا ما ساعد به خاطرى زفر في هذا العلم .

(وارادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما في قوله خذ من درهم الى مائة ، تقديره أن ارادة الكل (فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر) اى أبو يوسف ومحمد في قوله خذ من مالي (والاصل في الطلاق الحظر) فلا يراد الكل حتى لا ينسد باب التدارك

(ثم الغاية الاولى) جواب عن قول زفر ، ووجهه انه لا تدخل الغايتان ، تقديره ان الغاية الاولى وهي الواحدة (لا بد ان تكون موجودة لتترتب عليها الثانية) اى الغاية الثانية ، لانه لا ثانية الا بعد الاولى (ووجودها بوقوعها) حاصله أن القياس ما قاله زفر ان الغاية لا تدخل تحت المغيا ، الا انه لا بد من ادخال الاولى ، لانه اوقع الثانية قبل الاولى ، فدعت الضرورة الى وجودها ، ووجودها بوقوعها . اما ايقاع الثانية يصح بلا ايقاع الثالثة ، فأخذنا فيه بالقياس .

بخلاف البيع ، لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ، ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء ، لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر . ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب ولم تكن له نية فهي واحدة . وقال زفر «رح» تقع ثنتان لعرف الحُسَّاب وهو قول الحسن بن زياد «رح» . ولنا أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب

(بخلاف البيع) هذا جواب عن قول زفر ان الحدين لا يدخلان في المحدود ، كما في قوله بعت من هذا الحائط ، فأجاب بقوله بخلاف البيع (لان الغاية فيه موجودة قبل البيع) فلم تقع الضرورة الى ادخال الغاية في المغيا ، فبقيت الغاية خارجة عن المغيا على أصل القياس (ولو نوى واحدة) يعني في قوله ما بين واحدة الى ثلاثة او في قوله من واحدة الى ثلاث (يدين ديانة) يعني يصدق ديانة (لا) يصدق (قضاء لانه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر) لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يستعمل لارادة الاقل من الاكثر الى آخره .

(ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب ولم يكن له نية فهي واحدة) أي طلقة واحدة(وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب) بضم الحاء وتشديد السين جمع حاسب ، يعني هو معروف عندهم ان واحدة في ثنتين ثنتين (وهو) اى قول زفر (قول الحسن بن زياد) ومالك والشافعي في وجه .

(ولنا ان عمل الضرب أثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب) أى فيما ليس له طول وعرض وعمق ، اما في الممسوحات يعني فيما له طول وعرض ، يكون لبيان تكثير المضروب ، فإنه لو زاد بالضرب في نفسه لم يبق أحد فى الدنيا فقير لانه يضرب ما مسكه من درهم فى مائة فيصير مائه ويضرب المائة فى ألف ، فيصير مائة الف . وقال الاكمل الغرض ازالة كسر يقع عند القسمة ، فمعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزئين . وقال الاترازى وجه قول أصحابنا ، والضرب أثره فى تكثير اجزاء المضروب

وتكثير أجزاء التطليقة لا يوجب تعددها ، فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث، لانه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع ، والظرف يجمع إلى الظروف ، ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين ، وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث ، لان كلمة في تأتي بمعنى مع ، كما في قوله تعالى ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر ، أي مع عبادي، ولو نوى الظرف يقع واحدة ، لان الطلاق لا يصلح ظرفاً

لا فى زيادة العدد ، والطلاق الذى له اجزاء كثيرة مثل الطلاق الذى لـه اجزاء قليلة ، ولهذا لو قال لها أنت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة ، وعلى هـذا إذا أقر وقال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم ونوى الحساب والضرب فعندنا يلزمه عشرة،وعند زفر يلزمه مائة،الا ان ينوي الواو أو مع،فحينئذ يلزمه جميع ذلك ، ويحلفه بالله ما أردت الاقرار بذلك كله إذا كان الخصم يدعيه .

(وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها) كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وربعها وثمنها لم يقع الا واحدة (فإن نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث) أى ثلاث تطليقات (لأنه يحتمله ، فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف) لأن بينهما اتصالاً (ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة) أي طلقة واحدة (كافي قوله واحدة وثنتين) أي كما يقع واحدة في قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وثنتين .

(وإن نوى واحدة مع ثنتين) يعنى قوله أنت طالق واحدة في ثنتين (يقع الثلاث) اي ثلاث تطليقات (لان كلمة في تأتي بمعنى مع ، كما في قوله تعالى ﴿ فادخلي في عبادى ﴾ ٢٩ الفجر) اي مع عبادي) ويقال دخل الأمير في جنده ، أي مع جنده . وقال صاحب الكشاف لا تكون في بمعنى مع ها هنا ، إذ لو نوى كذلك لما قيل وادخلي جنتي ، وقال على الحقيقة ، اى ادخلي في جملة عبادى .

(ولو نوى الظرف تقع واحدة ، لان الطلاق لا يصلح ظرفاً) لان احد العددين لا

فيلغو ذكر الثاني . ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب
فهي ثنتان ، وعند زفر « رح » ثلاث ، لأن قضيته أن يكون أربعاً ،
لكن لا مزيـــد للطلاق على الثلاث ، وعندنا الاعتبار للمذكور
الأول على ما بينـاه . ولو قال أنت طالق من ها هنا إلى الشـام ،
فهي واحدة يملك الرجعة . وقال زفر « رح » هي بائنة لأنـــه
وصف الطلاق بالطول

يصلح ظرفاً للآخر ، وبين الظرف والمظروف من الهيئة فاستعير له ، ولـو نوى الظرف يقع واحدة ، لان الطلاق معنى فهي لا يصلح ان يكون ظرفاً للغير (فيلغو ذكر الثاني ، ولو قال اثنتين في اثنتين) اى لو قـــال أنت طالق اثنتين في اثنتين (ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان) وبه قال الشافعي في الاظهر (وعند زفر ثلاث) يعني يقع ثلاث طلقات ، وبه قال الحسن ومالك والشافعي في وجه وأحمد (لان قضيته أن يكون أربعاً) بعرف الحساب (لكن لا مزيد في الطلاق على الثلاث ، وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه) يعنى أن الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ، وعلى هـــذا الخلاف مسائل الإقرار بان قال عشرة في عشرة ، أو درهم فى دينار ، أو كرحنطة فى كر شعير لم يكن عليه إلا المذكور أولاً عندنا ، إلا ان يقول الواو أو حـرف مع فيلزمه جميع ذلك ، فحلفه القاضى بأنه ما أراد الجمـع إذا ادعى الخصم الجميع ، كـــذا فى المبسوط .

(ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام) قال الاترازي الشام بسكون الهمزة ناحية بلد . قلت ليس كذلك ، بل هـــو اسم لصقع يجمع بلاداً كثيرة وأعظمها دمشق (فهى واحدة تملك الرجعة . وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) هذا التفصيل فيه نظر ، فانه لو قال أنت طالق تطليقة واحدة ونص على الطول تقع رجعية عنده، فيحتمل أن يكون عنه روايتان فى المسألة ، ويحتمـــل ان يستفاد من قوله ـ ها هنا إلى الشام ـ المبالغة فى الطول والزيادة فيه .

قلنا لا بل وصفه بالقصر متى وقع وقع في الأماكن كلها . ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد ، وكذلك لو قال أنت طالق في الدار ، لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان ، وإن عني به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى الإضمار وهو خلاف الظاهر . ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة ، لأنه علقه بالدخول . ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنته بين الشرط والظرف، فحمل عليه عند تعذر الظرفية

(قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع فى مكان وقع فى الاماكن كلها) فلما خصه ببعض الاماكن يكون وصفاًله بالقصر ، والطلاق لا يحتمل الطول والقصر حقيقة ، وإنما يحتمل ذلك حكماً ، والقصر من حيث الحكم هو الرجعى .

(ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد ، وكذا قوله أنت طالق فى الدار ، لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان لان المطلقة فى مكان مطلقة فى كل مكان (وان عنى به) أى وإن قصد بقوله انت طالق بمكة (إذا أتيت مكة يصدق ديانة) يعنى بينه وبين الله تعالى (لا قضاء) أي لا يصدق فى الحكم (لانه نوى الاضمار او هو) أى الاضمار (خلاف الظاهر) فلا يصدق القاضى لما فيه نوع تخفيف على نفسه .

(ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة ، لانه علقه بالدخول) اى بقوله – إذا دخلت مكة – لا صريح بالتعليق فيعلق بالدخول (ولو قال فى دخولك الدار يتعلق بالفعل) اى يتعلق الطلاق بفعل الدخول (لمقارنته بين الظرف والشرط) لان الظرف يسبق المظروف، كما ان الشرط يسبق المشروط (فحمل عليه) اى على الشرط (عند تعذر الظرفية) لان الفعل لا يصلح ظرفاً لانه عرض فلا

فصل في اضافة الطلاق إلى الزمان

ولو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أول جزء منه . ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفاً للظاهر .

يقوم بنفسه فلا يصلح الدخول ظرفاً للطلاق . وفى المبسوط و كذا الحكم فى ذهابك إلى مكان كذا او فى لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل .

(فصل في اضافة الطلاق الى الزمان)

أي هذا فصل في بيان حكم إضافة الطلاق إلى الزمان ، ذكر هنا فصولاً مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه ، وإضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت الحكم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة الشرط .

(ولو قال انت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر ، لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك وقوعه في أول جزء منه) أي من الغد وهو طلوع الفجر ، لأن الغد يتحقق في ذلك الوقت (ولو نوى به) اي بقوله غداً (آخر النهار يصدق ديانة) أي لاحتمال كلامه ذلك (لا قضاء) أي لا يصدق قضاء في الحكم (لأنه نوى التخصيص في العموم ، وهو يحتمله) اي يحتمل الخصوص فيصدق ديانة ، كما لو قال لا آكل طعاما ونوى طعاماً دون طعام (لكنه يخالف الظاهر) لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك بوقوعه في أوله ، وفيه تخفيف عليه فلا يصدقه القاضي .

ولقائل ان يقول العام ما يتناول افراد متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك ، وما يتوهم فيه من الطول والوسط ، والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده ، وحينئذ لا تكون النية آخر النهار ، فلا عموم ولا تخصيص . والجواب ان المراد الحقيقة والمجاز ، فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة .

ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به ، فيقع في الأول في اليوم ، وفي الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان منجزاً والمنجز لا يحتمل الإضافة . ولو قال غداً كان إضافة ، والمضاف لا يتنجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغى اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال أنت طالق في غد ، وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة « ر ح »

(ولو قال أنت طالق اليوم غداً ، أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به) أي تكلم به (فيقع في الأول) اي في الوجه الأول ، وهو قوله انت طالق اليوم غداً (في اليوم وفي الثاني) وهو قوله أنت طالق غداً اليوم (في الغد ، لأنه لما قال اليوم كان منجزاً ، والمنجز لا يحتمل الاضافة) فكان قوله غداً لغواً ، وبقولنا قال الشافعي ، وحكي عنه في قوله أنت طالق غداً اليوم وجهان ، أصحهما انه لا يقع في الحال شيء ويقع واحدة غداً ، كقولنا . والثاني أن الحكم فيه كما لو قال أنت طالق اليوم غداً .

(ولو قال غداً كان إضافة ، والمضاف لا ينجز لما فيه من إبطال الاضافة ، فلغى اللفظ الثاني في الفصلين) في قوله أنت طالق اليوم غداً، وقوله غداً اليوم، فإن قيل لم لم يحمل غداً ظرفاً لطلاق آخر ، وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق ، والأصل خلافه فلا يصار إليه في غير موضع الضرورة ، وفيه نظر ، لأن صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة، والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا ، وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود ، فلا حاجة إلى غيرها ، فعلى هذا كان كلامه مصوناً عن الالغاء .

فإن قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غدا اليوم ، لأنه وصفها بالطلاق غدا ، والموصوف به غدا لا يكون موصوفاً به اليوم . أجيب بأن إيقاع الثانية فيها مفض إلى المكروه ، وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة لا ينتقي لاثباتها ، فيكون الثاني لغوا .

(ولو قال أنت طالق في غد ، وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة ،

وقالا لا يدين في القضاء خاصة ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، فصار بمنزلة قوله غداً على ما بينا ، ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية ،وهذا لأن حذف في واثباته سواء ،لأنه ظرف في الحالين ، ولأبي حنيفة « رح » أنـــه نوى حقيقة كلامه ، لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم ، فإذا عين آخر النهار كان التعين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري ، بخلاف قوله غداً ، لأنه يقتضي الإستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة، مضافاً إلى جميع الغد نظيره إذا قال والله لأصومن

وقالا يدين في القضاء خاصة ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه) هو انه تخصيص العموم ، وهو خلاف الظاهر فـــلا يصدق قضاء ويصدق ديانة ، (ولهذا) اي ولأجل كونه وضعها بالطلاق في جميـــع الغد (يقع) أي الطلاق (في أول جزء منه) أي من الغد (عند عدم النية وهـــذا) أي وقوع الطلاق في أول جزء منه عند عدم النية (لأن حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين) أي الحذف والاثبات .

(ولأبي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه) لأنه لما قال في الغد جعل الغد ظرفاً (لأن كلمة في الظرفية لا تقتضي الاستيعاب) أي استيعاب المظروف ، كقولنا زيـــد في الدار يقتضي وجوده في جزء من أجزاء الظرف ، وقـــد يشغل جميـــع المظروف ، فكان كلامه محتملا للوجهين (وتعيين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم ، فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي) من المعين (أولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غـــدا) يعني إذا قال غدا بدون ذكر كلمة في (لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها) أي وصف المرأة (بهذه الصفة) يعني بصيغة الطلاق حال كون هذه الصفة (مضافاً إلى جميع الغد) فلا يصدق ديانة في نيته آخر النهار وقضاء .

(نظيره) أي نظير حكم هذا المذكور بدون ذكـــر كلمة في (إذا قال والله لأصومن

عمري ، ونظير الأول والله لأصومن في عمري،وعلى هذا الدهر وفي الدهر،ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء،لأنه أسنده إلى حـــالة معهودة منافية لمالكية الطلاق ، فليلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق، ولأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج . ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة ، لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ،

عمري ، ونظير الاول) وهو المذكور بكلمة في (والله لأصومن في عمري) فــان الاول يتناول جميع عمره حتى لا يبر في يمينه إلا بصوم جميع العمر ، وفي الثانية وهو قولـــه لأصومن في عمري يتناول ساعة من عمره، حتى لو صام ساعة يبر في يمينه (وعلى هذا) أي وعلى الحـكم المذكور (الدهر وفي الدهر) يعني لو قال لأصومن الدهر ، أو قال لأصومن في الدهر ، ففي الأول لا يبر حتى يصوم الدهـــر كله ، وفي الثاني لو صام ساعة منه يبر في يمينه .

(ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها) أي والحال انه قـــد تزوجها (اليوم) بالنصب ، أي في اليوم الذي قال أنت طالق (لم يقع شيء ، لأنه أسنده) أي أسند كلامه (إلى حالة معهودة) أي معلومة (منافية لمالكية الطلاق فيلغو) كلامه فلا يقع شيء (كما إذا قال أنت طالق قبل أن اخلق) او قبل أن تخلقي ، ولا خلاف فيه للفقهاء، وذلك لأنه وصفها بالطلاق في وقت لم تكن هي في ملكه (ولأنــه يمكن تصحيحه) أي تصحيح هذا الكلام (إخباراً عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) اي او يكون إخباراً عن كونه هذه المــرأة مطلقة بتطليق غيره من الأزواج ، وهذا لا يستقيم إن كانت المرأة بكراً او ثيباً بغير نكاح أو متوفى عنها زوجها ،ولا يستقيم الكلام الا في التعليل الأول ، وهذا التعليل أيضاً في نفس الأمر تكرار ، لأن عدم النكاح يصدق على هذا ، فافهم .

(ولو تزوجها أول من أمس وقع الطلاق الساعة ، لأنه مــا أسنده إلى حالة منافية ،

ولا يمكن تصحيحه اخباراً أيضاً ، فكان إنشاء ، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة . ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء ، لأنه أسنده إلى حالة منافية ، فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخباراً على ما ذكرنا ، ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك ، وسكت طلقت ، ولأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت ، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت ، لأنهما من ظروف الزمان ،

ولا يمكن تصحيحه إخبارا ايضاً) أي كما في المسألة السابقة ، فلما لم يكن تصحيحه إخبارا (فكان إنشاء ، والانشاء في الماضي إنشاء في الحال فتقع الساعة) لأن الانشاء إيجاب أمر لم يكن ، والإيجاب في الماضي إنشاء في الحال فيكون طلاقاً في الحال . ولو قال انت طالق قبل أن اتزوجك لم يقع شيء ، لانه أسنده إلى حالة منافية ، لأنه اضاف الطلاق إلى زمان مناف للطلاق ، لانه لا وجود للطلاق قبل النكاح فلا يقع (فصار) أي حكم هذا (كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم) لأنه اسنده إلى حالة غير معهودة ، فلا يعتبر قوله في الإضافة .

(او يصح اخباراً) يعني يحمل قوله انت طالق ، إخبارا عن عدم النكاح قبل التزوج في قوله انت طالق قبل ان اتزوجك (فلا يقع) أي فصار حكم هذا قبل أن اتزوجك لأن حقيقة الصفة للاخبار ، وامكن العمل بها فلا يحمل إنشاء (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله - لأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح ، وعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج .

(ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت ، لانه اضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق ، وقد وجد حيث سكت) وهذا باتفاق الفقهاء (وهذا) توضيح لما قبله (لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت ، لانهما من ظروف الزمان)

وكذا كلمة ما للوقت ، قال الله تعالى ﴿ ما دمت حياً ﴾ ٣١ مريم ، أي وقت الحياة ، ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت ، لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة ، وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة

إذا متى فإنها لمبهم في الوضع ، ولكن لما كان الفعل يليها دون الإسم جعلت للشرط والابهام فيما دخل عليه يعني بين ان يوجد وبين ان لا يوجد ، فصحت المجازاة بها مع قيام معنى الوقت به ، فإذا قال لامرأته انت طالق متى لم أطلقك يقع الطلاق عقيب اليمين وجود وقت لم يطلقها فيه بعد كلامه ولم يقتصر على المجلس ، لانه باعتبار ابهام فيه يعم جميع الازمنة ، واما متى ما فإنه ايضاً متى في الاصل ، فزيدت فيه كلمة ما فانها تستعمل للوقت لا محالة فترجحت جهة الوقت .

(وكذا كلمة ما) اي تستعمل في الوقت كما ذكرناه (قال الله تعالى ﴿ ما دمت حياً ﴾ ٣١ مريم ، اي وقت الحياة) وقال الله تعالى حكاية عن عيسى عليه السلام ﴿ وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا ﴾ أي مدة دوامي حياً . قلت شرطية ايضاً ، قال الله تعالى ﴿ ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها ، وما يمسك فلا مرسل له من بعده ﴾ ٢فاطر ، فينبغي ان لا تقع إلا إذا كانت للوقت دون الشرط ، وهي تكون شرطية من غير وقت ، وللوقت بلا شرط ، بخلاف متى ومتى ، فانها إذا كانت للمجازاة فلا ينفك عن الوقت . فاذا قلت متى القتال كانت للاستفهام عن زمان القتال ، وليس فيه شرط ، وإذا قلت متى تقم اقم معك كانت ظرفاً تضمنت معنى الشرط ، وكذا متى ما .

(ولو قال انت طالق إن لم اطلقك لم تطلق حتى يموت ، لان العدم)اي عدم التطليق (لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة ، وهو الشرط) اي اليأس عن الحياة هو الشرط ، فاذا انتهى إلى الموت وقد وجد اليأس فوجد الشرط ، والمحل قائم والملك باق ، فوقع قبل موته بقليل وليس لذلك القليل حد معروف باتفاق الفقهاء ، ثم إن كان دخل بها فلها الميراث بحكم القرار عندنا خلافاً للشافعي ، وإن لم يدخل بها فلا ميراث لها (كما في قوله إن لم آت البصره) يعني كما إذا قال لها انت طالق إن لم آت البصرة لا يقع الطلاق ، حتى يقع

وموتها بمنزلة موته هو الصحيح . ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تطلق حين سكت ، لأن كلمـــة إذا للوقت ، قال الله تعالى ﴿ إذا الشمس كورت ﴾ ١ التكوير ، وقـال قائلهم ، شعر :

وإذا تكون كريهة ادعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

الاياس عن الاتيان ، فاذا انتهى إلى الوقت فقد وقع اليأس فوجد الشرط فوقع .

(وموتها بمنزلة موته) اي موت الزوج يعني يقع الطلاق قبل موتها ايضاً (هوالصحيح) احترازا عن رواية النوادر ، فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها ، وفائدة وقوع الطلاق عليها بعد موتها ان لا يرث الزوج منها ، لانها بانت قبل الموت فلا تبقى بينهما واجبة عند الموت، وشرط التوريث هذا وقد عدم .

(ولو قال انت طالق إذا لم اطلقك أو إذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة) وبه قال احمد في رواية (وقالا تطلق حين سكت) وبه قال الشافعي ومالك (لأن كلمة إذا للوقت ، قال الله تعالى ﴿ إذا الشمس كورت ﴾ ١ التكوير) استدلالهم بهذه الآية ضعيف ، فان إذا فيها للشرط ، ولهذا أتى فيها بالجواب ، وهـــو قوله تعالى ﴿ علمت نفس ما قدمت وأخرت ﴾ والشمس مرفوعة بالفاعلية رافعة فعل مضمر،تفسيره كورت هكذا ، ذكره الزمخشري ورفعه بالفاعليه مـــذهبه وغيره يرفعه بالفعل المقدر المفسر على انه مفعول ما لم يسم فاعله .

(وقال قائلهم ، شعر :

وإذا تكون كريهة ادعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب)

ولم يبين المصنف قائل هذا البيت من هو ، وعزاه الكاكي إلى عنترة العبسي وليس بصحيح ، وعزاه سيبويه إلى رجل من مذحج ، وقال أبو رياش قائله همام بن مرة أخو جناس بن مرة قاتل كليب ، وزعم ابن الاعرابي انه لرجل من بني عبد مناف قبل الإسلام بخمسمائة عام ، وذكر هذا وان البيت من قصيدة من الكامل مع بيان لغاتها واعرابها في

فصار بمنزلة متى ومتى ما ، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت، ولأبي حنيفة « رح » أنه يستعمل في الشرط أيضاً ،

الكتاب الذي صنفته وسميته بالمقاصد النحوية في شرح شواهد شروح الالفية . وقال السكاكي أول الشعر :

هل في القضية ان إذا استغنيتم   وامنتموا فانا البعيد الاجنب

قلت ليس كذلك ، بل أوله :

يا ضمر أخبرني وليس بكاذب   والقول ما فعل الذي لا يكذب

أمن السوية إن إذا استغنيتم   وامنتموا فانا البعيد الاجنب

وإذا الشدائد بالشدائد مــرة   اسجتكم فانا المحب الاقرب

ولجندب سهل البلاد وعذبها   وإلى المــلاح وحزنهن المجذب

وإذا تكون كريهة ادعى لها   وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

هذا وجدكم الصغار بعينه   لا أم لي ان كان ذاك ولا أب

عجباً لتلك قضية وإقامتي   فيكم إلى تلك القضية اعجب

قوله –ياضمر– أراد ضمرة فرخم. قوله –اسجتكم– من السجأة إذا غضبه. قوله –الملاح– بضم الميم وبتشديد اللام نبات الحمص ، والحزن بالفتح ما حزن من الارض ، وفيها غلاظة . قوله – واذا يحاس [1] الحيس – وهو تمر يخلط بسمن واقط ثم يدلك حتى يختلط . قوله – وجدكم – الواو فيه للقسم ، اي وحق حظكم وعندكم وسعدكم . والصغار بالفتح الذلة .

(فصار) أي اذا (بمنزلة متى ومتى ما) يعني في عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطاً واستوضح كونه بمعنى متى بقوله (ولهذا) أي ولاجل كونه بمعنى متى (لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يديها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت، ولابي حنيفة رحمه الله يستعمل في الشرط ايضاً) .

---

(١) وردت قبلا – يحاس باهمال الحاء ، ا هـ مصححه .

وأصل الخلاف بين أهـــل اللغة والنحو قال قائلهم ، شعر :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى   وإذا تصبك خصاصة فتحمل

فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال ، وإن أريد به الوقت تطلق ،

فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

(وأصل الخلاف بين أهل اللغة والنحو) الكوفيون يقولون أن إذا قد تستعمل للشرط ايضاً ، وقد تستعمل للوقت على السواء ، واذا كان بمعنى الشرط يسقط عنه معنى الوقت أصلا كحرف ان ، وهو مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعند البصريين حقيقة للوقت وللشرط يستعمل مجازا ولا يسقط منه معنى الشرط (قال قائلهم) أي قائل الجمع الذين قالوا انه يستعمل للشرط (شعر :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى   واذا تصبك خصاصة فتحمل)

ومعنى قوله — وان تصبك — بالجزم ، فلو كان لهما الجزم ودخل الفاء في جوابه ، وهو محتمل ، والبيت لعبد قيس بن خفاق ، وهو من الكامل من قصيدة مشهورة في المعلقات وما قبله — نظم :

ابني ان أباك حارب يومه   واذا دعيت الى المكارم فاعجل

الله فاته واوف بنذره   واذا حلفت ممارياً فتحلل

واستغن ما اغناك ربك بالغنى   واذا تصبك خصاصة فتحمل

قوله — ابني — اي يابني . قوله — خصاصة — أي مجاعة بالجيم ، وهو أكل المر وهو الشحم المذاب ، والمراد الاكتفاء والقناعة بأدنى شيء ، لانه اذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة .

(فان أريد به الشرط لم تطلق في الحال ، وان أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال) فان قيل النظر الى الشرطية يقتضي بقاء النكاح والحل والنظر الى الوقتية يوجب الطلاق والحرمة فاجتمعت الحرمة والحل ، فينبغي أن ترجح الحرمة كما عرف ، قلنا هذا متروك فى جميع صور التردد ، فانه لو شك فى الانتقاض بعدالطهارة ،

بخلاف مسألة المشيئة ، لأنه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الأمر من يدها على انـــه للشرط يخرج ، والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك والإحتمال ، وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية . أما إذا نوى الوقت يقع في الحال ، ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر ، لأن اللفظ يحتملهما . ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولاً به ،

فان بقاءها يوجب اباحة الصلاة بالنظر الى الانتقاض يحرم اداؤها ، ومع هذا لا يترجح الحرمة ، وان كان مبني على الاحتياط لان الشك لا يحدث شيئاً ، فلا يكون عن قبيل تعارض دليل الحل ، كذا قيل .

(بخلاف مسألة المشيئة) جواب عن قولهما كما فى قوله متى شئت ، وتقديره قوله (لانه على اعتبار انه) أي ان اذا (للوقت) أي لمعنى الوقت (لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج) وكان الامر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك والاحتمال (لان الشك لا يعارض اليقين ، وهذا الخلاف) اي المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه (فيما اذا لم تكن له نية) فى قوله أنت طالق اذا لم اطلقك .

(وأما اذا نوى الوقت يقع الطلاق) فى الحال (ولو نوى الشرط يقع فيآخرالعمر) بموت أحدهما (لان اللفظ يحتملها) اي يحتمل الوقت والشرط ، فاذا احتملهماعلىالسوي يقع ما نوى بالإجماع ، قيل اذا تستعمل للشرط مجازا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ، وكذا عندهما فينبغي أن لا يصدقه القاضى فيما إذا نوى به معنى ان ، لأن فيه تخفيفاً على نفسه ، قيل في جوابه لما كثر استعماله فى معنى الشرط فصار كالظاهر في حقه ، فجازأن يصدقه القاضى ، مع انه قيل حقيقة فيهما عنده ، وفيه نوع تأمل .

(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهى طالق بهـــذه التطليقة) أى التطليقة الأخيرة المضافة إلى المعلقة بعدم التطليق (معناه) أي معنى ما قـــاله محمد أو القدوري (قال ذلك موصولاً به) قيد به لأنه لو قـــال مفصولا يقعان بالإجماع قياساً

والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولاً بها ، وهو قول زفر « رح» لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه ، وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق، قبل أن يفرغ منها . وجه الإستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال ، لأن البر هو المقصود ولا يمكنه تحقق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى ، وأصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى

واستحساناً ، لأنه وجد الزمان الخالي عن التطليق (والقياس أن يقع المضاف) وهو قوله ما لم أطلقك (فيقعان) أي المضاف والتطليقة الأخيرة (إن كانت مدخولاً بهاوهو)أي القياس (قول زفر ، لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل ، وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها) بيانه أنه وجد ما بين اليمين ، ووقوع الطلاق مقدار ما يقع فيه ستة أحرف ، وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير .

(وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين به لدلالة الحال) لأن الحالف إنما يحلف ليبر في يمينه ولم يمكنه البر في هذه إلا أن يجعل الساعة التي تشتغل بالإيقاع فيها مستثنى ، فيصير هذا القدر مستثنى من اليمين بدلالة الحال (لأن البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر ، إلا أن يجعل هذا المقدار) أى مقدار ما تشتغل بالإيقاع فيه (مستثنى) عن اليمين (أصله) أي أصل هذا الخلاف الذى وقع بيننا وبين زفر مسألة كتاب الايمان، أشار إليه بقوله :

(من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته) فإنه لا يحنث استحساناً وعند زفر يحنث قياساً (وأخواته) أى وأخوات من حلف ، وهى قوله لا تلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال ، ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لا يحنث ، خلافاً لزفر (على ما يذكر في الايمان إن شاء الله تعالى) أى على ما يذكر أصل

ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت ، لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد كالصوم ، والأمر باليد لأنه يراد بـــه المعيار ، وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الأنفال ، والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد ، والطلاق من هذا القبيل

هذه المسألة وأخواتها في كتاب الايمان إن شاء الله عز وجل .

(ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا) أى فى الليل (طلقت ، لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار ، فيحمل عليه) أى على بياض النهار (إذا قرن) أى اليوم (بفعل يمتد كالصوم) فانه يمتد (والامر باليد) كما فى قـوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان (لانه يراد به المعيار) أى أراد باليوم المعيار إذ الفعل ممتد ، والمراد بالمعيار أن يكون مقدرا بقدر الفعل كالصوم فى اليوم (وهو أليق به) أى كون المعيار مراداً من اليوم أليق بالفعل الممتد ، لان الفعل الممتد يحتاج إلى وقت مؤبد وهـو بياض النهار الذى صار المعيار عبارة عنه ، بخلاف ما إذا لم يكن الفعل ممتداً ، حيث لا يحتاج إلى وقت مديد بل يكفيه مطلق الوقت .

(ويذكر) اى اليوم (ويراد به مطلق الوقت ، قـال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الانفال ، والمراد مطاق الوقت فيحمل عليه) أي على مطلق الوقت (إذاقرن بفعل لا يمتد والتزوج من هذا القبيل) أي مما لا يمتد إذ لا يقال تزوجتك شهرا وسنة ، فلو قال ذلك يتأبد ويمتد ، وفي أكثر النسخ والطلاق من هذا القبيل . قال الإمام حميد الدين هذا يدل على ان المعتبر جانب الشروط ، وفي النسخة التي فيها الطلاق قال الإمـام ظهير الدين هذا يدل على أن المعتبر في الإمتداد وعدمه جانب الجزاء لا جانب الشرط . وقـال الاترازي اختلفوا في الفعل الذي لا يمتد ، قال صاحب الهداية أي انه الطلاق ، لأنه قال والطلاق من هذا القبيل ، أي مما لا يمتد أبداً ، قال شمس الأئمة السرخسي وقـال فخر

فينتظم الليل والنهـار . ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء ، لأنـــه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار لا يتناول إلا البياض خاصة وهو اللغة .

فصـــل

ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً ،

الاسلام البزدوي والصدر الشهيد العتابي انه التزوج (فينتظم الليل والنهار) ويقع الطلاق إذا قدم ليلا أو نهاراً في قوله – أنت طالق يوم يقدم فلان – وبه قال الشافعي في وجه ، وفي الأصح عنده لا يتناول الليل فلا يقع الطلاق إذا قدم ليلا .

(ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين) أي صدق (في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه) لأن النهار بياض النهار خاصة ، والليل السواد خاصة ، واليوم يستعمل في بياض النهـار ، ومطلق الوقت الاشتراط عند البعض ، والصحيح بطريـــق المجاز (والليل لا يتناول السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة) يعني حقيقتهما اللغوية .

(فصل)

أي هذا فصل في إضافة الطلاق إلى النساء . ولما كانت هذه مخالفة لإضافة الطلاق إلى الرجال ذكرها في فصل على حدة . وقال الأكمل ذكر فيه مسائل أخر متنوعة ، وكان حقها أن يذكرها في مسائل شتى . قلت ليس من حقها ما ذكره ، لأن الذى ذكره في هذا الفصل كله من أنواع الطلاق ، والمناسب ذكرها كلها في فصول الطلاق .

(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا) هـــذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه عن محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في رجل يقول لامرأته أنا منك طالق ، ينوي الطلاق ، قال لا يكون طلاقاً ، انتهى .وهذا معنى قول المصنف فليس قوله – وإن نوى طلاقاً – واصل بما قبله .

ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق. وقال الشافعي « رح » يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى ، لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافاً إليه كما يصح مضافاً إليها ، كما في الإبانة والتحريم.

(ولوقال أنا منك بائن أو عليك) أي أو قال أنا عليك (حرام) حال كونه (ينوي الطلاق فهي طالق) هاتان الصورتان من تتمة مسائل الجامع الصغير المذكورة الأولى أنا منك بائن ينوي الطلاق كان طلاقاً ، الثانية قوله أنا عليك حرام ينوي الطلاق كانت طلاقاً ، وبقولنا قال أحمد .

(وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى) الوجه الأول هو قوله انا منك طالق (لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى تملك) أي المرأة (أي المطالبة) أي مطالبة زوجها (بالوطىء كما يملك) أي الزوج (المطالبة) أي مطالبة المرأة (بالتمكين) أي تمكين نفسها من الزوج (وكذا الحل مشترك بينهما) أي بين الزوجين وذلك محل استمتاع كل منهما بصاحبه ولانتهاء النكاح بموت كل منهما وتسمية كل واحد ناكحاً (والطلاق وضع) أي شرعاً (لإزالتهما) أي لإزالة الحل والتمكين ، وكل ما وضع كذلك (فيصح مضافاً إليه) أي على الزوج (كما صح مضافاً إليها) أي إلى المرأة (كما في الإبانة والتحريم) أي كما يصح في قوله أنا منك بائن ، وأنا عليك حرام .

وهذا التعليل الذي علل به الشافعي مرضي عند أكثر أصحابه فقالوا لو كان كذلك لما احتاج إضافة الطلاق إليه ، أي إلى النية كما لا يحتاج الإضافة اليها ، أي إلى النية ، بل المختار عند أصحابه أن على الزوج حجراً من جهتها من حيث انه لا ينكح اختها ولا أربعاً سواها فيصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد ، لأن الاضافة إلى الزوج غير معهودة ، فاحتيج إلى النية كذا في كتبهم .

ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ، ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة ، والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة ، بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما ، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل ، وهو مشترك فصحت إضافتهما إليهما ، ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها .

(ولنا أن الطلاق لازالة القيد) أي القيد الحاصل بالنكاح (وهو) أي القيد (فيها) أي في المرأة (دون الزوج) يعني القيد للنكاح حصل للرجل على المرأة لا للمرأة على الرجل ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى انها) أي المرأة (هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر) والخروج) أي وممنوعة من الخروج والبروز ، والرجل ينطلق حيث شاء ويريد ويستمتع بإمائه وإن كثرت وبثلاث سواها .

(ولو كان) أي الطلاق (لازالة الملك) كما قال الشافعي (فهو عليها) أي فالكل عليها (لأنها مملوكة والزوج مالك) وهذا جواب عما قاله الشافعي بطريق التسليم بعد المنع ، فإن الطلاق لازالة الملك ، ثم أوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولأجل كونها مملوكة (سميت منكوحة) ولما ملك بضعها وجب عليه المهر والنفقة وبمقابلته تملكه (بخلاف الابانة) أي بخلاف قوله – أنا منك بائن – (لأنها) أي لأن الابانة (لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما) أي بين الزوجين ، ولهذا جاز إضافتها إلى كل واحد منهما ألا ترى انه يقال بان عنها ، كما يقال بانت عنه .

(وبخلاف التحريم) أي وبخلاف قوله – أنا عليك حرام – (لأنه) أي لأن لفظ حرام (لازالة الحل وهو) أي الحل (مشترك) أي بينهما (فصحت إضافتهما) أي إضافة الحرام والابانة (إليهما) أي إلى الزوجين ، ألا ترى انه يقال حرم عليها كما يقال حرمت عليه (ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها) أي إلى المرأة ، لأن الطلاق زوال القيد ، ولما لم يكن القيد على الرجل لم يصح إضافة الطلاق إليه ، ولأن الطلاق لو وقع على المرأة لا

ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » آخراً ، وعلى قول محمد « رح » وهو قول أبي يوسف أولاً تطلق واحدة رجعية ، ذكر قول محمد « رح »

يخلو إما أن يثبت ابتداء أو بناء على ثبوته في الرجل ، فلا يجوز الأول لعدم إضافة الطلاق إليها ، ولا يجوز الثاني أيضاً ، لأن الرجل ليس طالقاً عن المرأة عدم القيد فيه ، فلغى قوله – أنا منك طالق – كما إذا قال لعبده أنا منك حر ، حيث لا يعتق .

فإن قيل لا نسلم عدم القيد في الرجل ، ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أربعاً سواها عليها وأختها وابنة أخيها ، قيل له ذلك باعتبار عدم المشروعية لا باعتبار أن القيد واقع على الرجل .

(ولو قال أنت طالق واحدة أولا ليس بشيء) هذه مسألة الجامع الصغير ،وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في رجل قال لامرأته أنت طالق واحدة أولا قال ليس بشيء ،انتهى ،وكذا لو قال أنت طالق أولاً أو غير طالق لا يقع شيء وبه قال الشافعي وأحمد ومالك على هذا الخلاف لو قال أنت طالق ثلاثاً أو لا شيء .

(قال) هكذا ذكره ، أي قال المصنف رحمه الله تعالى (كذا ذكر هذا في الجامع الصغير من غير خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه) وقال في الأصل وإن قال أنت طالق واحدة أو لا شيء فهي طالق واحدة رجعية في قول محمد وقول أبي يوسف الأول ، ولم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل كما ترى . ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق إملاء ابي سليمان قال أبو حنيفة لا يقع الطلاق ، ثم قال صاحب الاجناس وكذا ذكره عن ابي حنيفة في الجرجانيات (وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً) أي المذكور من قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء .

(وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولاً يطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد

في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة ، ولا شيء ولا فرق بين المسألتين ، ولو كان المذكور ها هنا قول الكل ، فعن محمد « رح » روايتان له انه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ، ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع . ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً ،

في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته انت طالق واحدة ولا شيء ولا فرق بين المسألتين) اى من قوله انت طالق واحدة او لا ، ومن قوله انت طالق واحدة او لا شيء ، لانهما في المعنى واحد ، يعني لا فرق بينهما في حق التردد في الايقاع أو في الوضع (ولو كان المذكور ها هنا قول الكل فعن محمد روايتان) اي لو كان المذكور في الجامع الصغير قول الثلاث فيكون عن محمد روايتان ، لانه ذكر قول الثلاثة عن محمد في طلاق المبسوط انه يقع واحدة رجعية ليذكر الخلاف في الجامع الصغير ، وهذا يستلزم ورود الروايتين عنه .

(له) اى لمحمد رحمه الله تعالى (انه) اى ان الرجل الذى قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء (ادخل الشك في الواحدة لدخول الشك بينهما) اى بين الواحدة (وبين النفي) وهو قوله لا شيء (فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق) سالماً من الشك ، فتقع طلقة واحدة رجعية (بخلاف قوله انت طالق او لا ، لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع شيء) .

(ولهما) اى ولابى حنيفة وابى يوسف (ان الوصف) وهو قوله انت طالق (متى قرن بالعدد) مثل ان يقول انت طالق واحدة او اثنتين او ثلاثاً (كان الوقوع) اى وقوع الطلاق (بذكر العدد) وهو قوله واحدة ، إنما أطلق العدد على الواحد مجازاً من حيث انه أصل العدد (ألا ترى انه) توضيح لما قبله ، اى الا ترى ان الرجل (لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً) بالاتفاق ، فعلم ان الوقوع بالعدد

ولو كان الوقوع بالوصف للغي ذكر الثلاث ، وهذا لأن الواقع في الحقيقة ، إنما المنعوت المحذوف ، ومعناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما مر ، واذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الإيقاع ، فلا يقع شيء ، ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء . لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له ، لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ، ولا بد منهما .

(ولو كان الوقوع) اى وقوع الطلاق (بالوصف للغى ذكر الثلاث) يعنى لو كان بقوله انت طالق لما وقع الثلاث ، فعلم ان الوقوع بالعدد لا بالوصف .

(وهذا) أشار به إلى قوله ولو كان الوقوع بالوصف (لان الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف ، معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر) اراد بقوله ان الوقوع بالعدد لا بالصفة وهى طالق ، لكن العدد وقع نعتاً لمحذوف ، اى تطليقة واحدة ، فالمنعوت هو الواقع في الحقيقة فافهم (وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الايقاع فلا يقع شيء)الضمير في له يرجع إلى الموصول وهو قوله ماهو عبارة عن التطليقة المحذوفة ، وأراد بقوله العدد الواحد وقوله كان الشك الى آخره جواب قوله اذا كان .

(ولو قال أنت طالق مع موتى او مع موتك) اى او قال انت طالق مع موتك (فليس بشيء) أي هذا القول ليس بشيء حتى لا يقع به طلاق ، و قال الشافعي ومالك وأحمد ، وهذه من مسائل الجامع الصغير وليس فيه خلاف ، وكذا إذا قال أنت طالق بعد موتي أو بعد موتك بل أولى (لأنه اضاف الطلاق إلى حالة منافية له) اي للطلاق (لأن موته) أي لأن موت الرجل (ينافي الأهلية) أي للطلاق (وموتها) أي موت المرأة (ينافي المحلية) أي كونه محلاً للطلاق (فلا بد منهما) اي فلا بد لوقوع الطلاق من الأهلية والمحلية ، لأن الطلاق معلق لوجود الموت ، فصار الموت شرطاً كما لو قال انت طالق مع دخولك الدار والجزاء يعقب الشرط ، فكان هذا إيقاعاً له بعد الموت

وإذا ملك الزوج امرأته أو شقصاً منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين ، أما ملكها إياه فللإجتماع بين المالكية والمملوكية، وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي .

ولا ملك بعد الموت ، ولأن النكاح موقت بحياتها ، فموت أحدهما ينتهي لوجود غايته ، والحكم لا يبقى بعد الغاية . وفي الجامع قال والله لا أقربك حتى تموتي أو أموت صار مولياً ، فكأنه قال والله لا أقربك ما دام النكاح بيننا .

(وإذاملكالزوجامرأته) أي إذاملك الرجل امرأته بشراء او إرث او بهبة او صدقة (او شقصاً منها) اي او ملك الرجل شقصاً من امرأته ، والشقص بالكسر السهم ، قال ابن دريد (او ملكت المرأة زوجها) يعني بشراء او نحوه كما ذكرنا (او شقصاً منه) اي وملكت المرأة شقصاً من الزوج (وقعت الفرقة) جواب إذا ، يعني يرتفع النكاح من بينهما بالفسخ وهذا قول الجمهور ، وبه قالت الأئمة الثلاثة والظاهرية . وفي التمهيد عن عبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي انها لو ملكت زوجها فأعتقه حين ملكته كأنما على نكاحها لو ملكها الزوج ووطئها بملك اليمين بعده ، ولو ملك بعضها ينفسخ النكاح ولا يطأها . وقال قتادة لم يردد منها الاقرباء ويطؤوها بنكاحه وهو مشذوذ (للمنافاة بين الملكين) وهما ملك النكاح والملك بالشراء ونحوه .

(أما ملكها إياه) اي اما ملك المرأة زوجها (فللاجتماع بين المالكية والمملوكية) وهو مستحيل ، لأن ملك النكاح الرقبة يقتضي ان يكون خادماً ، وملك النكاح يقتضي أن يكون مخدوماً ، فاستحال اجتماعها .

(وأما ملكه إياها) اي واما ملك الرجل امرأته (فلأن ذلكملكالنكاحضروري) بيانه ان اثبات الملك على الحر على خلاف القياس ، وإنما يثبت ضرورة الحل لبقاء النسل (ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين) لأنه لما طرأ عليه ملك اليمين وهو الحل القوي (فينتفي) الحل الضعيف ، وفي تملك الشقص وإن كان لا يثبت الحل ولكن يثبت الملك،

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء ، لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجـــه ولا من كل وجه، وكذا إذا ملكته أو شقصاً منه لا يقع الطلاق لمـا قلنا من المنافاة . وعن محمد « رح» انه يقع لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول ، لأنـــه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له

فقام مقام الحل ، لأنه دليل عليه ، بخلاف المكاتب إذا اشترى منكوحة حيث لا يبطل النكاح ، لأن الثابت في كسبه حق الملك ، وحق الملك لا يمنع حق النكاح .

(لو اشتراها) اي ولو اشترى الزوج امرأته الأمة (ثم طلقها لم يقع شيء ، لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له) أي للنكاح (مع المنافي) وهو ملك اليمين (لا من وجه) العدة ، لأنها أثر من آثاره ، فـــلا يحنث مع وجود المنافي ، وإلا لكان ملك النكاح باقياً من وجه ولا من كل وجه متعلقاً بقوله ولا بقاء . وقال الاكمل — وقيل لامن وجه — يعني إذا ملك الشقص لا من كل وجه ، يعني إذا ملك اليمين الجمع ، وعلى هـذا يتعلق بقوله مع المنافي ، انتهى . قلت هذا القول الذي أشار إليه الأكمل بقوله وقيل هـو قول الاترازي ، هكذا فسره في شرحه .

(وكذا إذا ملكته) اي وكذا لا يقع الطلاق إذا ملكت المرأة الحرة زوجها وهـو عبدبميراثأوغيره(او شقصاً منه) اي أو ملكت شقصاً من زوجها (لا يقع الطلاق لمـا قلنا من المنافاة) بين المالكية والمملوكية .

(وعن محمد انه يقع) اي الطلاق في الصورة الثانية لوجوب العـدة عليها ، والطلاق يعتمد ملك النكاح أو قيام العدة ، ولهذا تجب العدة ، ولهذا لا يحل لهوطؤها (لأنالعدة واجبة بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا ملك الزوج امرأته (لأنه لا عدة هنالك ،حتى حل وطؤها له) اى لا عدة في حق مولاها الذى يملكها . وفي الكافي فإن قيل اليس انه لا يجوز له التزويج ، وهذا دليل على الوجوب . قلنا قد قالوا لا عدة عليها بدليل انه لـو زوجها من آخر جاز ، والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر ، فعلم انـه لا تجب العدة

وإن قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة ، لأنه علق التطليق بالاعتاق والعتق ، لأن اللفظ ينتظمهما ، والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللحكم تعلق به ، والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق ،

عليها في حق من استبرأها ، وفي حق غيره روايتان ، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم من الماء ، ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطىء .

(ولو قال لها) اى ولو قال رجل لامرأته (وهي امة لغيره) اى والحال انها أمة لغيره (انت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك) اى اعتاق مولاك إياك فاستمير الحكم لعلة، لأن العتق حكم الاعتاق ، والدليل عليه انه قال بعده علق التطليق بالاعتاق او بالعتق ، لأن الاعتاق يضاف حقيقة إلى المولى لا العتق (فأعتقها) يعني مولاها (ملك الزوج الرجعة ، لأنه علق التطليق بالاعتاق أو العتق) أى بالعتق الحاصل بإعتاق المولى (لأن اللفظ) وهو قوله مع عتق مولاك (ينتظمها) اى ينتظم الإعتاق والعتق على طريق البدل لا الشمول ، لاستحالة الحقيقة والمجاز مرادين ، ولهذا يندفع قول الاترازى . ولنا في قوله - لأن اللفظ ينتظمها - نظر ، لأنه حينئذ يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز .

(والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود) اى وقد علم ان الشرط ما يكون معدوماً ، ويكون على خطر الوجود والعتق والإعتاق بهذه المثابة شرط على خطر الوجود (وللحكم تعلق به) اى وقد علم ايضا ان للحكم تعلقا بالشرط ، لأنه موقوف على وجود الشرط (والمذكور) اى العتق (بهذه الصفة) يعني معدوم على خطر الوجود وللحكم تعلق به ، فيكون شرطا لأنه جعل التطليق متصلا بالعتق ، وذلك التعلق إما ان يكون تعلق العلة بالمعلول او الشرط بالمشروط والاعتاق والعتق لا يكون علة لتطليق الزوج ، وكذا تطليق الزوج لا يكون علة لاعتاق المولى والعتق الحاصل به والطلاق تعلق به ، وهو معنى قوله (والمعلق به) اى العتق (التطليق) لا الطلاق عندنا لما تقرر في

لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا ، وإذا كان التطليق معلقـــاً بالاعتاق ، أو العتق يوجد بعده ، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق ، فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين

الأصول ان أثر التطليق في منع السبب لا في منع الحكم .

(لأن في التعليقات يصير التصرف معلقا [1] عند الشرط عندنا) بناء على ان الشرط عندنا غاية العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول . وقال تاج الشريعة قوله — لأن في التعليقات ... إلى آخره — يعني ان المعلق بالشرط عندنا لا ينعقد سببا ، والشرط يمنع الانعقاد ، وعند الشافعي يؤخر الحكم .

(واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجـــد بعده) اي يوجد التطليق بعد الاعتاق او العتق ، لأن المشروط مع الشرط يتعاقبان (ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق) بالضرورة (فيصادفها) اي يصادف الطلاق المـرأة (وهي حرة) اي والحال انها حرة عند المصادفة (فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين) اي التطليقتين ، وعند الشافعي العتق والطلاق وقعا معا فلم يكن رجعيا في اظهر قوليه بعد وقوع الطلاق ، لكن عنده صورة المسألة فيما إذا قال السيد لامرأته انت طالق مـع عتق مولاي إياك ، لأن عنده اعتبار الطلاق بالرجال ، وبه قال مالك وأحمد . وفي قول عنه يحرم حرمـــة غليظة ، لأن العتق لو تقدم وقوع الطلاق ، فصار كما لو طلقها اثنتين ثم عتق .

وفي الكافي وذكر في الهداية لأنه علق التطليق بالعتق إلى آخره ، وهو مشكل ، لأنه لو يريد به الإعتاق ها هنا ، فاستعير الحكم عن علته ، ألا ترى الى قوله — ليالله — ولا تستعمل ذلك الا في الفعل المتعدي ، قيل في جوابه ليس بمشكل ، لأنه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل من الاعتاق وقد بينا ان كل واحد يصلح شرطا

---

(١) هنا غير ما ورد في المتن ، اهـ مصححه .

يبقى شيء ، وهو أن كلمة مع للقران . قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى ﴿فإن مع العسر يسرا﴾ ٦ الشرح ،

اذ كل منها على خطر الوجود ، ويكون قوله مع عتق مولاك اياك مع العتق الحاصل من اعتاق مولاك اياك ، فلهذا أول المصنف قوله – علق العتق بالاعتاق او العتق – .

فإن قلت كيف سمى المصنف اضافة الطلاق الى زمان الاعتاق تعليقا ، والمعلق غير مضاف . قلت أجيب بأنه سماها تعليقا مجازاً لا حقيقة ، لان التعليق توقيف الامر على أمر بحرف الشرط ، فلما وجد توقف الطلاق على العتاق سماه تعليقا ، وان لم يذكر لحوق الشرط فصار كأنه قال انت طالق ان اعتق مولاك .

(يبقى شيء) اى اشكالاً (وهو ان كلمة مع للقران) عند أرباب اللسان ، حاصل هذا انه اعتذار عما ورد على كلامه ، حيث قال يكون الطلاق متأخراً عن العتق فورد عليه بأن قال لا نسلم انه متأخر عنه ، لأن كلمة مع للقران والصحبة ، فقال سلمنا ذلك لكن (قلنا قد تذكر) اى لفظ مع (للتأخر) مجازاً (كما في قوله تعالى ﴿فإن مع العسر يسرا﴾ ٦ الشرح) لانه لا يمكن المعية بين العسر واليسر للتضاد بينهما ، فيحمل على التأخير ، وتحقيقه ان كلمة مع قد تذكر للاقتران في زمان الوجود ، وقد تذكر للاقتران في أصل الوجود كما في قوله تعالى ﴿واسلمت مع سليمان﴾ ٤٤ النحل ،وكما في قوله تعالى ﴿ان مع العسر يسرا﴾ ٦ الشرح ، فلو كان المراد هو الأول يحرم حرمة غليظة ،ولو كان المراد هو الثاني لا يحرم والحرمة الغليظة لم تكن ثابتة فلا يثبت بالشك والاحتمال .

فإن قيل ينقض هذا بما ذكر في الجامع بقوله لامرأته انت طالق مع نكاحك ، حيث لم يصح ولم يصر معنى الشرط ، فينبغي أن يكون كذلك ، كما في قوله مع عتق مولاك الى آخره بأن العدول عن حقيقة معنى القران باعتبار انه ملك للتطليق تخييراً تعليقا ، فكان من ضرورة كلامه ان يحمل على معنى الشرط ، اما ها هنا لم يملك الطلاق، والطلاق مع النكاح متنافيان ، فلا يلزم العدول عن معنى القران ، فيلغوا ضرورة . وقال الكاكي وهذا الجواب لم يتضح لي لانه تمليك بتعليق الطلاق بالنكاح ، فيمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه .

فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط . ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين . وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » زوجها يملك الرجعة ، لأن الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق ، وإنما ينعقد المعلق سبباً عنــــد الشرط ، والعتق يقارن الاعتاق لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل

(فيحمل عليه) اى اذا كان الامر كذلك فيحمل لفـــظ مع على التأخر ، كما في الآية الكريمة (بدليل ما ذكرنا) من معنى الشرط لضرورة تصحيح الكلام .

(ولو قال اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين) اى ولو قال الرجل لامرأته الامـة اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين (وقال المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره) لانها حرمت عليه حرمة غليظة (وعدتها ثـلاث حيض) اى عدة الحرائر ، وهذه المسألة لا خلاف فيها على رواية ابى سليمان الجرجاني ، وفيها الخلاف على رواية ابى حفص الكبير ، اشار اليه بقوله (وهذا عند ابي حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد زوجها يملك الرجعة) يعنى لا تحرم حرمة غليظة . وللشافعى قولان ، لكن صورة المسألة عنده فى العبد كما ذكرنا (لان الزوج قرن الإيقاع) اى ايقاع الطلاق بـــاعتبار المولى ، حيث علقه بالشرط الذى علق بـــه المولى ، وذلك ان الزوج اضاف الطلاق الى زمان اضاف اليه المولى الاعتاق وهو مجيء الغد .

(وإنما ينعقد المعلق سببا عند الشرط) يعنى المعلق انما يكون سببا للايقاع عند وجود الشرط ،فكأنا مقترنين في السببية فحكمها أيضاً كذلك (والعتق يقارن الإعتاق لأنه) أي لأن الإعتاق (علته) أي عـــلة العتق والعلة مع المعلول يقترنان عند الجمهور ، وعند البعض يتعاقبان في العلة الشرعية ، والتصرفات الشرعية بمنزلة الجواهر (أصله الإستطاعة مع الفعل) يعني الإستطاعة التي يحصل بها الفعل لا تسبق الفعل ، لأن الفعل معلول لهـــا ،

فيفترقان في الحكم ، لأنها لو سبقت لا يخلو إما أن تبقى إلى زمان وجود الفعل أولاً ، فيلزم في الأول قيام العرض بالعرض ، وفي الثاني يلزم حصول الفعل بلا قدرة ، وهو محال، فكذا الاعتاق لا يستبق العتق ، لأن العتق معلولة .

(فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة) لأن الاعتاق أيضاً مقارن بمجيء الغد ، لأن المقارن لمقارن الشيء مقارن لذلك الشيء لا محالة ، فالطلاق بعد العتق فاسد ، لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه ، والتطليق يقارن الاعتاق ، والاعتاق يقارن العتق ، والطلاق يقارن العتق كان المقارن للمقارن الشيء مقارن لذلك الشيء ، فكيف يقع بعده ، انتهى . وقال الكاكي لا يتضح قول محمد إلا أن يوصف حكم العلة يتأخر عن العلة كما هو مذهب البعض كما وصفه شمس الأئمة في مسألة أنت طالق مع عتق مولاك إياك إلى آخره . وقال تاج الشريعة ، اختلف المشايخ في جواز تأخير المعلولات عن العلل الشرعية ، بعضهم قالوا لا يجوز ذلك، وبعضهم جوزه ، لان العلل الشرعية بمنزلة الجواهر على ما عرف ، فمحمد أخذ في الطلاق بجواز التأخر ، وفي العتق بالمقارنة .

ووجه ذلك ان الطلاق مختص ببطيء الثبوت لتعلقه مع التنافي ، والاعتاق مختص بسرعة الثبوت ، لكنه على وفاق الدليل فيقدم على الطلاق فيصادفها الطلاق وهي حرة ، فيملك الرجعة ، ولهذا يتأخر الملك في البيع الفاسد عن البيع إلى زمان القبض ، بخلاف البيع الصحيح لما ذكرنا ان أحدهما على وفق الدليل ، والآخر على خلافه ، انتهى . وعلل ركن الإسلام القاضي أبو الحسن السعدي رحمه الله تعالى . لمحمد رحمه الله ان العتق وإن كان يقارن الإعتاق ، لكن العتق لا يزل ما لم يزل الرق مع العتق لا يجتمعان في محل واحد، فيكون تزول العتق بعد زوال الرق فكان الطلاق بعد الحرية .

وقيل في الجواب انه يجوز ان يكون مراده بقوله بعد العتق أي معه كما أن مراده بقوله عتق مولاك إياك ، أي بعد عتق مولاك إياك ، وقيل المعلق بالشرط كالمرسل عنده فيكون قول المولى عند الشرط عند حرة . وقال الزوج طالق مقترنين في زمان واحد ويتأخر ثنتين عن الحرية ضرورة فيقعان عليها ، وهي حرة .

فصار كالمسألة الأولى ، ولهذا يقدر عدتها بثلاث حيض ، ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ، ثم العتق يصادفها وهي أمـــة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسألة الأولى ، لأنه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعـــد العتق على ما قررناه ، بخلاف العدة لأنـه يؤخذ فيها بالاحتياط ، وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ، ولا وجه إلى ما قال ، لأن العتق لو كان يقارن الاعتاق لأنه علته

(فصار كالمسألة الأولى) وهي قوله أنت طالق ثنتين مع عتق مـولاك إياك (ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض) هذا إيضاح لقوله لتطلق بعد العتق ، بيانه ان الطلاق صادف الحرية ، ولهذا تعتد بثلاث حيض ، فلو صادف الأمة لزمها الإعتداد بالحيضتين ، هكذا شرحه الاترازي ، ثم قال وعلى هذا الاستدلال الذى أورده صاحب الهداية نظر ، لان الاعتداد بثلاث حيض باعتبار انها حرة زمان وجوب العدة كما في المسألة الأولى ، باعتبار ان الطلاق صادف الحرية ، انتهى . قلت هذا الاستدلال هو الذي ذكره ثم نصبه لصاحب الهداية ثم نظر فيه ، ولم يذكره صاحب الهداية هنا على ما لا يخفى .

(ولهما) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف (انه) أى الزوج (علق الطلاق بما علق بـه المولى العتق) وهو مجيء الغد (ثم العتق يصادفها وهي أمة) اي والحال انها أمة (وكذا الطلاق) مصادفها وهى امة (والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة) فلا يملك الرجعة (بخلاف المسألة الاولى ، لانه علق التطليق باعتبار المولى فيقع الطلاق بعد العتق على مـا قررناه) أى في المسألة الاولى ، وهو ان الشرط مقدم على المشروط (وبخلاف العدة لانه) أى لان الشأن (يؤخذ فيهـــا بالاحتياط) صيانة لامر الدين (وكذا الحرمة يؤخذ فيها بالإحتياط) .

(ولا وجه إلى ما قال) اى محمد (لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته) أى

فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته أنت طالق ، هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث ،

لأن الاعتاق علة العتق (فالطلاق يقارن التطليق ، لأنه علته) أي لأن التطليق علة الطلاق (فيفترقان) اي الاعتاق والتطليق ، يعني كما ان الإعتاق يصادفها ، وهي أمة فكذلك التطليق .

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

أي هذا فصل في بيان تشبيه الطلاق . ولما ذكر أصل الطلاق شرع يذكر وصفه وتنويعه في فصل على حدة ، لكونه تابعاً .

(قال ومن قال لامرأته أنت طالق ، هكذا يشير) أي حال كونه يشير (بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) اي ثلاث تطليقات ، وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله – والسبابة – لأنه ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير هكذا ، وقال انه اسم جاهل في الإسم الشرعي المسبحة ، وورد عليه بأن السبابة وردت أيضاً في الشرع ، وقد روى الطحاوي من حديث موسى بن أبي عامر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رجلاً أتى النبي ﷺ فقال كيف الطهور ، فدعى رسول الله ﷺ بماء فتوضأ فأدخل اصبعيه أذنيه فمسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه انتهى ، على ان في النسخ السباحة ، فكان السبابة والسباحة أيضاً وردت بالحديث .

وقد روى النسائي وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله كيف الطهور ، فدعى بماء في إناء فغسل كفيه ثلاثاً ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل ذراعيه ثلاثا ثم مسح برأسه وأدخل اصبعيه السباحتين في أذنيه ومسح بابهاميه ظاهر أذنيه ، وبالسباحتين باطن أذنيه ثم غسل رجليه ثلاثاً ثم قال هكذا الوضوء ، فمن زاد على هذا او نقص فقد أساء وظلم ، أو ظلم وأساء .

لأن الاشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم ، قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا ... الحديث .

وقال الاترازي المعتبر في اللغات استعمال العرب العربا لإستعمال اهل الحضر والمولدين، فاستعمال السبابة أولى لكونها لغة العرب الفصيح ، وعدم النهي عن التكلم بهـا انتهى . قلت لا فائدة في هذا الذي قاله أصلا ، لأن كل واحدة من السباحة والسبابة استعملت في الشرع كما ذكرنا ، وأيضاً دعواه الأولوية في السبابة غير موجهة على ما لا يخفى .

(لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجـرى العادة إذا اقترنت) أي الإشارة (بالعدد المبهم) وهو أن يقول هكذا . وقال العتابي في شرحه قوله يشير بالإبهام والسبابة والوسطى يريد به الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الاشارة بها وبين الأصابع الاخـر . وقال تاج الشريعة يعني يشير بالثلاثة بمرة واحدة ، وفي المغني قالت أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاثة يقع واحدة وإن قال هكذا ، وأشار بها وقع الثلاث .

(قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (الشهر هكذا وهكذا ... الحديث) روي عن ابن عمر عن سعد بن أبي وقاص وعن عائشة رضي الله تعالى عنهم . وحديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم في الصوم ، قـــال قال النبي ﷺ الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس الابهام في الثالثة . وحديث سعد أخرجه مسلم عن محمد بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه قال ضرب رسول الله ﷺ بيده على الأخرى ، وقال الشهر هكذا وهكذا وهكذا ،وأمسك في الثالثة اصبعاً . وحديث عائشة رواه الحاكم في المستدرك عنها ان النبي ﷺ أقسم انـه لا يدخل عليها شهراً فغاب عنها تسعة وعشرين يوماً ، ثم دخل عليها في الثلاثين ، فقلت له إنك حلفت ان لا تدخل عليها شهراً فقـــال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأمسك في الثالثة الابهام ، وقال صحيح على شرط البخاري .

قوله - وحبس — أي وقبض والاحتباس الانقباض،وفي المبسوط قـــوله وحبس في المرة الثالثة ابهامه ، بيان منه ان الشهر تسعة وعشرين يوماً ولا خلاف في هـذه المسألة ، والاشارة تقع بـــالمنشورة منها لا بالمضمونة لاعتبار العرف والعادة ، ألا ترى انه عليه السلام حبس إبهامه في المرة الثالثة ، وفهم منه تسعة وعشرون يوماً ، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم أحد وعشرين يوماً .

وإن أشار بواحدة فهي واحدة وإن أشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا ، والإشارة تقع بالمنشورة منها ، وقيل إذا أشار بظهورها فبالمضمونة منها ، وإذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منهـــا ، فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ، وفي الثانية واحدة

(وإن أشار بواحدة) يعني وإن أشار بأن واحدة وقال أنت طالق (فهي واحدة) أي فهي تطليقة واحدة .

(وإن أشار بثنتين) بإصبعين وقـــال أنت طالق هكذا (فهي ثنتان) أي تطليقة ثنتان يعني يقع تطليقتان (لما قلنا) يريد به قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم (والاشارة تقع بالمنشورة) اى الأصابع المنشورة (منها) اى من أصابع اليد ولا تقع بالمضمومة باعتبار العرف والعادة .

(وقيل إذا أشار بظهورها) أي بظهور الأصابع إلى المرات (فبالمضمومة منها) أي فيقع الطلاق حينئذ بالمضمومة من الأصابع لا بالمنشورة . (وإذا كان تقـــع الاشارة بالمنشورةفلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء) وبه قال الشافعي لأنه كما وجد الاشارة بالمنشورة وجدت بالمعقودة ، إلا انه خلاف الظاهر ، لأن الاشارة المعهودة فيما بين الناس في بيان العدد المبهم بالأصابع المنشورة لا بالمحبوسة ولا بالكف ، فإذا ادعي خلافه فلا يصدق في القضاء ، كذا في مبسوط شيخ الاسلام .

(وكذا إذانوى الاشارةبالكف) وصورة الاشارةبالكف أن تكون جميع الأصابع منشورة، يعني أشار إليهابالأصابع المنشورةوبطونها إلى المرات وقال أنت طالق هكذا، ثم قال عنيت بها الاشارةبالكف لابالأصابع. يصدق ديانةلاقضاء(حتى تقع في الأولى) أي في المضمومتين (ثنتان) أي طلقتان ديانة لا قضاء(وفي الثانية) أي الاشارةبالكف (واحدة) يعني يصدق ديانة حتى يقع واحدة لا قضاء حتى ثلاثاً في القضاء ، لأنه أشار إليها بأصابعه الثلاث المنشورة. وفي المبسوط وبعض المتأخرين قالوا لو جعل ظهر الكف إلى نفسه وبطون الأصابع إليهـــا لا يصدق في القضاء كذا في مبسوط شيخ الإسلام .

لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر، ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم تقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله أنت طالق، وإذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة، وقال الشافعي « رح » يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول، لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة، فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك .

وكذا إذا نوى الاشارة بالكف وصورة الاشارة بالكف أن يكون جميع الاصابع منشورة ، يعني أشار إليها بالأصابع المنشورة وبطونها إلى المرأة وقال أنت طالق هكذا، ثم قال عنيت بها الاشارة بالكف لا بالأصابع يصدق ديانة لا قضاء حتى يقع في الأولى ، أى في المضمومتين ، وذكر الامام التمرتاشي قيل لو كان باطن كفه إلى السماء فالعبرة النشر، وإن كان ضماً عن نشر فالعبرة للضم ، وقيل إن كان نشراً عن ضم ، فالعبرة للنشر ، وإن كان ضماً عن نشر فالعبرة للضم للعادة .

(لأنه يحتمله) أى لأن قوله نويت الاشارة بالكف يحتمل ما نوى (لكنه خلاف الظاهر) فلا يصدق قضاء (ولو لم يقل هكذا) يعني إذا أشار إليها بالأصابع المنشورة، وقال أنت طالق لكنه لم يقل لفظ هكذا (يقع واحدة) أى طلقة واحدة (لأنه) أى لأن قوله عند الاشارة بدون لفظ هكذا (لم يقترن بالعدد المبهم) فاعتبر وجود الاشارة كعدمها (فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق) فلا يقع به إلا واحدة ، وإن نوى الثلاث عندنا وبه قال الشافعي عند عدم النية .

(وإذا وصف الطلاق بضرب) أى بنوع (من الشدة والزيادة كان) أى الطلاق (بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) أي وانت طالق البتة أي القطع .

(وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقع رجعياً) أى طلاقاً رجعياً (إذا كان بعد الدخول) وبه قال مالك وأحمد (لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة ، وكان وصفه بالبيونة خلاف المشروع فيلغو) أى وصفه بالبيونة (كما إذا قال أنت طالق على ان لا رجعة لي عليك ،

ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه ، ألا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين

ولنا انه) اي ان الزوج (وصفه) أي وصف الطلاق (بما يحتمله) وهو البينونة ، ولهذا ثبتت البينونة به قبل الدخول ، وبعد انقضاء العدة بالطلاق .

فإن قيل ينتقض بما إذا قال أنت طالق ونوى البينونة إلى الثلاث حيث لا يصح بالإجماع ، فينبغي ان يصح لانه محتمل كلامه ، قلنا النية تصح للملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة بقوله أنت طالق ، بخلاف قوله أنت طالق بائن ، فإن البينونة ملفوظة . وقال الكاكي في هذا الجواب نوع ضعف ، لأنه ذكر في المبسوط قوله انت طالق يحتمل المبين وغير المبين ، فكان قوله بائناً تعيين أحد محتمليه ، إلا أن يقول لا يحتمله بطريق الحقيقة لكنه يحتمله بطريق المجاز فلا بد للمجاز من نيته ، ولهذا لا يندفع السؤال .

فإن قيل بائن صفة المرأة لا صفة الطلاق ، فكيف واصفاً للطلاق بالبيونة ، كذا قيل وقال الكاكي وفيه نوع تأمل ، انتهى . قلت قوله بائن صفة لطلاق ، أو خبر بعد خبر ، وليس صفة الطلاق وإنما يكون صفة الطلاق لو قال أنت طالق بائناً .

(ألا ترى ان البينونة قبل الدخول أو بعد العدة تحصل به) أي بقوله أنت طالق (فيكون هذا الوصف) أي وصف المرأة بقوله – أنت طالق بائن – (لتعيين أحد المحتملين) وهو البينونة . وقال الاترازى هو بفتح الميم ، وأراد بهما الرجعي البائن ، وفيه نظر ، لأن الرجعي ليس يحتمل الطلاق ، بل هو موجبه ، والمحتمل هو البائن . وقال الاكمل ملخصاً من كلام السفناقي ، واعترض بأنه لو قال مختلا لما جاز نيته فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة إذا نوى وليس كذلك . وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طلاق مغيرة ، لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة. ورد بأنه تسليم لدليل الخصم ومخرج إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة ، وجواز كون الوصف مغير للمشروع .

وأجيب بأن الفرق بينهما ان الوصف الملفوظة أقوى في اعتبار الشرح من النية ، بدليل انه لو قال انت طالق ، ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشارع ، وذلك طلاقاً . ولو

ومسألة الرجعة ممنوعة، فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نيةأو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل، ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة، وبقوله بائن أو البتة أخرى يقع تطليقتان بائنتان

نوى طلاقاً ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبره طلاقاً لئلا يتغير المشروع، وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق .

(ومسألة الرجعة ممنوعة) هذا جواب عن قول الشافعي كما إذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك، يعني لا نسلم انه لا يقع بائناً بل يقع واحدة بائنة، وهو معنى قوله (فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين) أي الطلقتان (أما إذا نوى الثلاث) أي الطلقات الثلاث (فثلاث) اى يقع ثلاث طلقات (لما مر من قبل) أى في باب إيقاع الثلاث بقوله، ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً آخر .

وقال الكاكي مسألة الرجعة ممنوعة يعني تقع واحدة بائنة فيها، ولئن سلم فالفرق ان قوله ان لا رجعة، صرح بنفي الشروع . وفي مسألتنا وصف البينونة، وما نفى الرجعة صريحاً، ولكن يلزم منهـا نفي الرجعة ضمناً، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، كذا سمعته من شيخي العلامة، وذكر الاكمل هذا برمته، قال كذا قال شيخي العلامة وشيخه هو قوام الدين الكاكي وشيخ قوام الدين هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري أي الامام البحر في الفقه والأصول شارح البزدوي، وكان وضع كتاباً على الهداية بسؤال قوام الدين المذكور إياه حين اجتمع بـه بترمذ، وتفقه عليه، ووصل إلى كتاب النكاح واخترمه منه المنية برد الله مضجعه .

(ولو عني بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة أخرى) اي طلقة أخرى (يقع تطليقتان بائنتان) وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان . وقال في فتاوى الولوالجي وقيل الأول يقع رجعياً . وقال الاترازي أقول هذا أصح عندي، لان قوله - بائن - في قوله - أنت طالق بائن - وقع خبراً بعد خبر للمبتدأ، كما في قولهم زيد عالم عامل، أي جامع لهذين الوصفين، فثبت لكل واحد منهما موجبه، وموجب الطلاق ثبوت الرجعة، وموجب البائن ثبوت البينونة، ولا معنى لثبوت التطليقتين

البائنتين، ولا يلزم من كون الثاني بائناً كون الأول بائناً ، انتهى . قلت هذا كله مبادر من غير تأمل ، ولا يخلو عن ما هو قصر ، لان قوله خبر بعد خبر لا يصلح أن يكون مصححاً لكلامه بل هو يرد كلامه، لأن معناه كأنه قال أنت طالق أنت بائن نعم، كان قوله أنت طالق يقتضي ان يكون رجعياً ابتداء ، إلا انه جعل بائناً لعدم الامكان ، لأن الثاني يكون بائناً لا محالة عندنا فيكون الأول بائناً ايضاً ضرورة إذ لا يتصور بقاء الاول رجعياً إذا صار الثاني بائناً .

وقال الأكمل ومن الناس من ذهب إلى ان الاول يقع رجعياً بأن أراد ما ذكرناه يعني قوله ان الاول يقع رجعياً ابتداء ، فينقلب بائناً لوقوع الثاني بائناً لعدم تصور بقائه رجعياً ، فهذا صحيح ظاهر ، وإن أراد بقاؤه رجعياً فليس بصحيح .

(لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع) أراد بالوصف لفظ بائن والبتة ، وانه يصلح للايقاع ابتداء بأن قال أنت بائن ، او انت طالق البتة ، ونوى به الطلاق يصح ويقع ، وكذا إذا نوى بلفظ البتة تطليقة أخرى . وقال الاترازي وقوع الثنتين في قوله أنت طالق البتة فيها نظر عندي ، لأن قوله البتة ذكر منصوبا ، وهو من حيث العربية لا يصح إذا جعل صفة لمصدر محذوف بأن يراد أنت طالق البتة ، والطلقة للمرة الواحدة ولا دلالة فيها على التكرار ، اما إذا لم ينوه فظاهر ، وكذا إذا نواه ، لان الطلقة مصدر وقع تأكيداً لما دل عليه قوله طالق ، فلا يثبت بها شيء آخر على سبيل الاصالة انتهى .

قلت هذا أيضا فيه ما فيه لان المصدر المحذوف المؤكد بكسر الكاف لما قبله صفة في نفس الامر وصف بها لفظ طالق بلفظ الشدة ، فلا ينافي ان يكون له معنى زائداً على معنى تأكده بفتح الكاف الذي يدل على طلقة واحدة ، وبالمعنى الزائد يقع طلقة أخرى ، فافهم .

(وكذا) أي وكذا تقع التطليقة البائنة ، وهذا معطوف على قوله أنت طالق بائن في الاحكام الاربعة وهو قوله فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين . ولو نوى الثلاث فثلاث ، ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق أخرى

إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق لأنه إنما يوصف بهـــذا الوصف باعتبار أثره ، وهو البينونة في الحال ، فصار كقوله بائن ، وكذا إذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه لما ذكرنا

تقع تطليقتان، وكذا الجواب عن قوله أخبث الطلاق أو أشره أو أشده أو أكبره (إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق ، لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره) أي أثر الطلاق باعتبار ذاته (وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن) إنما قلنا لا باعتبار ذاته ، لأن ذاتــه لا توصف بهذه الأوصاف أعني الفحش ، والشرط والشدة والخبث والعظم والكبر ، لأن الطلاق ليس بمحسوس، ولا هذى هيئته ، حتى يكون وصفاً لذاته ، وغير المحسوس يعرف بأثره ، فتكون هــذه الأوصاف لأثره . ومن شدة أثره وفحشه وخبثه و كبره وعظمه أن يكون قاطعاً للنكاح في الحال ، فصار كانه بلفظ البائن ، لأن أفعل التفضيل لبيان أصل التعارف ، وذلك في الواحدة البائنة لأنها أشد حرمة حكماً وأفحش من الرجعية ، وقد يذكر لبيان نهاية التعارف وذلك في الثلاث . فإن نوى الثلاث فقد نوى محتمل كلامــه فصحت ، وإن لم تكن له نية يصرف إلى الأدنى ، لأنه المتيقن .

فإن قيل أفحش أفعل التفضيل ، فيقتضي أن يكون هناك فاحشاً . قلت هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين الإثبات ، فيحمل على مجرد الإثبات ، لأن طالــقاً لا يحتمل طالقان ، ولأن مجرد هذا متيقن ، هذا في الفوائد الظهيرية .

(وكـــذا إذا قــال أخبث الطلاق) أي وكذا الجواب إذا قال أنت طالق أخبث الطلاق (أو أسوأه) أو قال طالق اسوأ الطلاق (لما ذكرنا) من قـوله لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره ، ، وذكر ابن سماعة في نوادره انه إذا قال أنت طــالق أقبح الطلاق ، فإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نـوى واحدة فهي واحدة رجعية عند أبي يوسف بائنة عند محمد . وفي الكافي للحاكم الشهيد ، وإن قال أنت طالق اكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين إذا قال نويت واحدة ، وإن قــال أنت طالق أكمل الطلاق وأشر الطلاق فهي واحدة رجعية . وإن قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثاً ، وإن نواها .

وكذا إذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة لأن الرجعي هو السنة فيكون البدعة، وطلاق الشيطان بائناً . وعن أبي يوسف « رح » في قوله أنت طالق للبدعة انه لا يكون بائناً إلا بالنية، لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة حيض فلا بد من النية. وعن محمد « رح » انه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعياً ، لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا يثبت البينونة بالشك ، وكذا إذا قال كالجبل لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة ،

وإن قال أنت طالق خير الطلاق أو عدله او أحسنه او أفضله فهي طالق للسنة في وقت السنة ، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث للسنة . وقال الطحاوي في مختصره . ولو قال لها أنت طالق تطليقة حسنة او جميلة كانت طالقاً تطليقة يملك فيها الرجعة كانت حائضاً او غير حائض ، ولم تكف هذه التطليقة للسنة ، ثم قال وروى صاحب الإملاء عن أبي يوسف انها طالق تطليقة للسنة كما إذا قال أنت طالق أحسن الطلاق .

(وكذا إذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة) أي وكذا يقع البائن إذا قال أنت طالق طلاق الشيطان أو طلاق البدعة ، اي او قال انت طالق طلاق البدعة (لأن الرجعي هو السنة فيكون) طلاق البدعة وطلاق الشيطان (بائنا ، وعن أبى يوسف فى قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائناً إلا بالنية ، لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة الحيض فلا بد من النية . وعن محمد رحمه الله انه إذا قال أنت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعياً ، لأن هذا الوصف) أي وصف البدعة والشيطان **(قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض،فلا تثبت البينونة بالشك)هذا الذي ذكره** المصنف عن محمد هو رواية هشام عنه .

(وكذا إذا قال كالجبل) أي وكذا يكون بائناً إذا قال أنت طالق كالجبل **وهذا** قول أبي حنيفة ومحمد (**لأن التشبيه به**) أي بالجبل (يوجب زيادة) وهي البينونة ، لأنه

وذلك بإثبات زيادة الوصف ، وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا . وقال أبو يوسف « رح » يكون رجعياً لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً به في توحده ، ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة ، إلا أن ينوي ثلاثاً ، أما الأول فلأنه وصفه بالشدة ، وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض

لا يحتمل الزيادة من حيث العدد ، لأنه ليس بذي عدد لكونه واحداً في الذات فيحمل على على الزيادة التي ترجع إلى الوصف (وكذا إذا قال مثل الجبل) أي وكذا يكون بائنا إذا قال أنت طالق مثل الجبل (لما قلنا) يريد به قوله ان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة .

(وقال أبو يوسف يكون) أي الطلاق (رجعيا) وبه قال الشافعي وأحمد (لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحيده) اي توحيد الجبل وهو مزيدة عن الوصف والعدد ، ويحتمل التشبيه في العظم فلا تقع البينونة بالشك . ولو قال أنت طالق كالصخرة أو كالقل فإنه رجعي وبائن عند محمد ، ذكره المرغيناني . وفي الذخيرة لو قال أنت طالق مثل التراب أو الأساطير تقع واحدة رجعية عندهما . وعند ابي حنيفة وزفر تقع واحدة بائنة .

(ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة ، إلا أن ينوي ثلاثا) هذه من مسائل الجامع الصغير ويقع بهذه الألفاظ طلقة واحدة بائنة نواها أو لم ينو . فلو نوى ثلاثا فثلاث (اما الأول) وهو قوله انت طالق أشد الطلاق وفيه البينونة (فلأنه وصفه) اي وصف الطلاق (بالشدة وهو البائن) إذ الوصف بالشدة هو الطلاق البائن ، لأن شدة الطلاق بالإبانة (لأنه) اي لأن البائن (لا يحتمل الانتقاض) أي النقض (والإرتفاض) من الرفض ، ولهذا لا يحل له فيه إلا التزوج الجديد .

أما الرجعي فيحتمله وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر ، وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة ، وفي العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فيصح نية الأمرين ، وعند فقدانها يثبت أقلهما . وعن محمد « رح » انه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهراً ، فصار

(أما الرجعي) أي الطلاق الرجعي (فيحتمله) أي فيحتمل الانتقاض (ولهذا) أي في الطلاق الرجعي لأن يراجعها بقول أوفعل ولا يحتاج فيه إلى رضاها ، وإنما صح نية الثلاث لذكره المصدر هذا جواب عما يقال سلمنا ان قوله انت طالق اشد الطلاق يقتضي الإبانة بواحدة بوصفه الطلاق بالشدة فمن أين يصح نية الثلاث فأجاب بقوله :

(وإنما تصح نية الثلاث لذكره بالمصدر) وهو اسم جنس يحتمل الثلاث بلا وصف الشدة ، وهاهنا أولى . فإن قيل هذا ينبغي ان يتيقن الثلاث بلا نية ، لأنه لو قال أنت طالق شديد ، يقع البائن واشد اقوى منه فينبغي ان يصرف إلى الثلاث . قلنا الجواب عندما ذكرناه عند قوله افحش الطلاق وهو ان المراد من افعل التفضيل هنا مجرد الاثبات لا اثبات التفضيل فلا يجوز حمل مطلق اللفظ مع الاحتمال على الثلاث .

(واما الثاني) وهو قوله كألف (فلأنه) اي فلأن الشأن (قد يراد بهذا) أي بقوله (كألف التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى)أي ويراد التشبيه في العدد مرة أخرى (يقال كألف رجل) اي فلان كألف رجل ، يعني يعد كألف رجل (ويراد به القوة) يقال فلان كألف رجل في القوة (فتصح نية الأمرين) يعني إذا نوى الواحدة يقع البائن باعتبار التشبيه في القوة . وإذا نوى الثلاث يقع ايضا باعتبار التشبيه في العدد (وعند فقدانها) اي عند فقدان النية (يثبت أقلها) اي اقل الأمرين وهو الواحد البائن ، لأن الأقل متيقن .

(وعن محمد رحمه الله تعالى يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد) أي لان الألف عدد (يراد به التشبيه في العدد ظاهراً) هذه رواية عن محمد وذكرها الولوالجي وغيره (فصار)

كما إذا قال طالق كعدد ألف . وأما الثلاث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه ، وقد يملأ لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته ، وعند انعدام النية ثبت الأقل

أي فصار الحكم (في هذا كما إذا قال طالق كعدد الف) وهذا لا خلاف فيه ، لانه نص على العدد . ولو قال أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة ، ولا تكون ثلاثا ، لان الواحدة لا تحتمل العدد فيكون التشبيه لزيادة القوة .

(وأما الثالث) وهو قوله ملء البيت (فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه ، وقد يملأ لكثرته ، وأي ذلك نوى صحت نيته) فالعظم في الطلاق بالإبانة والكثرة بالثلاث ، فأيها نوى صح (وعند انعدام النية يثبت الاقل) وهو الإبانة ، لان الاقل متيقن . وروى الطحاوي رحمه الله تعالى عن ابي يوسف ومحمد في غير ظاهر الرواية إذا قال انت طالق مثل الجبل او ملء البيت او ملء الكوز ، يكون رجعيا . وفي شرح الاقطع لو قال انت طالق تطليقة تملأ الكوز كان بائنا في قولهم جميعا ، لانه صفة للطلاق يقتضي زيادة عظم ، وليس ذلك إلا بالبينونة .

وفي الروض مختصر الرافعي قال انت طالق ملء البيت أو البلدة أو السماء او الارض او اعظم من الجبل او اكثر الطلاق او أعظمه او أشده او اطوله او أعرضه ، او طلقة كبيرة او عظيمة يقع واحدة رجعية وتلغو هذا كلها ، وهكذا في مغني الحنابلة . وهكذا لو قال ملء الدنيا يقع واحدة رجعية كقول الشافعي وأقصى الطلاق واكثره واحدة رجعية وهو المذهب ، ويحتمل الثلاث في أقصاه ، قال السروجي هذا الاحتمال هو الحق والمذهب ضعيف جداً . ولو قال أنت طالق عدد التراب يقع واحدة عند ابي يوسف ، واختاره البغوي وأحمد . وفي جوامع الفقه عن محمد عدد الرمل ثلاث ، لانه ذو عدد ، بخلاف التراب ، وفي التراب روايتان عنه . ولو قال أنت طالق واحدة مائة مرة لم يقع إلا واحدة قاله المتولى عن الشافعية وهو بعيد جداً .

وفي المرغيناني قال انت طالق كثلاث فهي واحدة بائنة عند ابي يوسف ، وثلاث عند

ثم الأصل عند أبي حنيفة « رح » انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً ، أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف . وعند أبي يوسف « رح » ان ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أي شيء كان المشبه به ، لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد ، أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة ، وعند زفر « رح » إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائناً ، وإلا فهو رجعي . وقيل محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » ، وقيل مع أبي يوسف « رح »

أبي يوسف ، وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث . ولو قال كعدد الشمس او القمر فهي واحدة بائنة عند أبي حنيفة ورجعية عند ابي يوسف ، وعن محمد كالنجوم واحدة ، وكعدد النجوم ثلاث . وفي المرغيناني وغيره قال انت طالق كعدد كل شعرة على جسد إبليس لعنه الله يقع واحدة حتى يعلم عدد شعره ، او هل له شعر . وذكر الكرخي لو قال أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي ، وقد طلقت ثلاثا ، لان الشعر ذو عدد ، وإن لم يكن موجوداً . وإن قال كالثلج فهو بائن .

(ثم الاصل عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه) اراد بهذا بيان الاصل الذي يبنى عليه أقوال الامام وصاحبيه وزفر رحمه الله تعالى (انه) أي ان الرجل (متى شبه الطلاق بشيء) من الاشياء (يقع الطلاق بائنا ، اي شيء كان المشبه به يذكر العظم او لم يذكر لما مر)عن قريب (ان التشبيه يقتضي زيادة وصف) وزيادة الوصف توجب البينونة .

(وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا ، وإلا فلا أى شيء كان المشبه به) يعني سواء كان صغيراً او كبيراً (لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد) أي من وصف العظم (وأما ذكر العظم فللزيادة لا محالة) وذلك بالبينونة (وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم وإلا فلا وإن لم يكن على وصف عندالناس بالعظم فهو رجعي) سواء ذكر العظم او لم يذكر (وقيل محمد مع أبي حنيفة ،وقيل محمد مع أبي يوسف)

وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ، ومثل الجبل مثل عظم الجبل ، ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة ، لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه هو البائن ، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض .

أشار بهـذا إلى ان قول محمد مضطرب . وفي الذخيرة عند ابي يوسف ومحمد ان ذكر العظم كان بائنا ، وإن كان المشبه به حقيراً . وإن لم يذكر العظم وإن كان له حد يقع بائنا وإلا يكون رجعيا .

(وبيانه) اي بيان هذا الخلاف (في قوله مثل رأس الإبرة) اى في قوله انت طالق مثل رأس الإبرة ، اى في قوله مثل رأس عظم الابرة (مثل الجبل) اى في قوله – أنت طالق مثل عظم الجبل – ففي قوله مثل رأس الابرة بائن عند ابي حنيفة ومحمد لمكان التشبيه رجعي عند أبي يوسف لانه لم يذكر العظم ، وكذا زفر ، لان المشبه به مالا يوصف بالعظم والشدة . وفي قوله – مثل عظم رأس الابرة – يكون بائنا عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه ، وكذا عند ابي يوسف لذكر العظم . وعند زفر رجعي ، لان الابرة لا توصف بالعظم والشدة . وفي قوله – مثل الجبل – بائن عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه ، ورجعي عند ابي يوسف لعدم ذكر العظم ، وبائن عند زفر لان الجبل يوصف بالعظم عند الناس ، وفي مثل عظم الجبل يكون بائناً عند الكل للتشبيه عندهما وذكر العظم عند أبي يوسف وكون المشبه به عظيماً عند زفر ولو قال مثل السمسم أو مثل حبة الخردل وقع رجعية عند الثلاث وعند ابي حنيفة .

(ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهو واحدة بائنة) وفيه خلاف زفر وقد ذكرناه (لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه) أي على الزوج (وهو البائن) لأن شدة الشيء وقوته لا يحتمل الإعتراض عليه بالإنتقاض ، وذلك في الطلاق البائن ، وهو معنى قوله – وهو البائن – الضمير يرجع إلى كلمة ما في قوله ما لا يمكن (وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض) ويقال هذا امر شديد وطويل وعريض .

وعن أبي يوسف « رح » انــه يقع بها رجعية ، لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته

(وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يقع بها) أي بهذه الألفاظ (رجعية) أي طلقة رجعية (لأن هذا الوصف) أي ولوصف الطلاق بالشدة والطول والعرض (لا يليق به) أي بالطلاق ، لأن هذه الأوصاف من صفات الأجسام (فيلغو) أي يصير ذكره لغواً فلا يعمل به . وقال الاترازي وصف الطلاق بالشدة والطول والعرض ليس يمكن للزوم قيام العرض بالعرض ، وجوابه انا لا نسلم أن قيام العرض بالعرض يجوز ، لكن نقول فللأحكام الشرعية حكم الجواهر ، فيجوز حينئذ . او نقول سلمنا انه لا يجوز حقيقة ، ولكن لانسلم انه لا يجوز مجازاً .

(وإن نوى الثلاث) أي الطلقات الثلاث (في هذه الفصول) اي في فصل قوله أنت طالق بائن أو البتة او انت طالق أفحش الطلاق ، وفصل قوله أخبث الطلاق وأسوأه ، وطلاق الشيطان ، وطلاق البدعة ، وفصل قوله أشد الطلاق أو كألف او ملء البيت أو مثل رأس الإبرة او مثل إذن رأس الإبرة ، ومثل الجبـل ، ومثل عظم الجبل . وفصل قوله انت طالق تطليقة شديدة او عريضة ، ففي هذه الفصول (كلها صحت نيته) ويقع الثلاث إذا نواها عن أبي حنيفة رضي الله عنه لأنها بائن عنده ، والبائن على نوعين خفيفة وغليظة فإذا نوى الثلاث فقد نوى غلظ النوعين وأعلاهما فصح اعلاهما . وذكـر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير مثل ما ذكر صاحب الهداية في صحة نية الثلاث فيالفصول كلها ، ولكن الإمام الزاهد العتابي ، قال في شرحه للجامع الصغير ، والصحيح انــه لا يصح في انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة ، لأنه نص من التطليقة ، وإنهـا تتناول الواحدة ثم قال هكذا ذكره شمس الأئمة السـرخسي .

قال الاترازي هذا هو الأصح عندي ، لأن النية إنما تصح فيما يحتمل اللفظ ذكر ذلك، والباء موصوفة للوحدة فلا يحتمل غير ذلك ، فلا تصح نية الثلاث ، انتهى . قلت كـون الباء للوحدة لا تنافي نية الثلاث،لأنه وصفهابالشدةوالطولوالعرض،وصحةنيةالثلاثتؤخذ من الوصف .

لتنوع البينونة على ما مر ، والواقع بها بائن .

فصل في الطلاق قبل الدخول

وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها

(لتنوع البينونة) اي غليظة وخفيفة (على ما مر) اشار به إلى قوله –قبل صفحة– ويقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية او نوى الثنتين . اما إذا نوى الثلاث فثلاث (والواقع بها) اي بهذه الالفاظ المذكورة (بائن) لما ذكرنا عند قوله انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة .

فروع . لو قال لامرأته والحجر أو بهيمة إحداكما طالق ، او قال هذه وهذه طلقت امرأته عند ابي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد لا يقع للشك ، وإن قال لامرأته ورجل احداكما طالق ، او هذه او هذه لا يقع عند ابي حنيفة . وقال أبو يوسف يقع ولو قال لامرأته وأجنبية احدكما طالق ، او قال هذه أو هذه لا تطلق زوجته إلا بالنية ، وفي المبسوط حلف انه لم ينوها ، وعند الشافعي وأحمد يقع على زوجته إلا بالنية ، وإن قال أردت الأجنبية قيل في الصحيح على المنصوص ذكر في الاملاء ، وعند مالك لا يقبل منه ، ذكر في الجواهر . ولو قال إحدى امرأتي طالق وليس له إلا امرأة واحدة يقع عليها ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير .

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

أي هذا فصل في الطلاق قبل الدخول على المرأة لما كان وضع النكاح للدخول كان الطلاق قبله من العوارض ، والعارض يذكر بعد الأصل وهو الطلاق بعد الدخول .

(وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها) عند عامة العلماء ، وهو مذهب عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص وابن مسعود وأنس ابن مالك رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعكرمة وابراهيم النخعي وعامر الشعبي وسعيد بن جبير والحكم وابن أبي ليلى والأوزاعي وسفيان

لأن الواقع مصدر محذوف ، لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه ، فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعاً على حدة فيقعن جملة . فإن فرق الطلاق وبانت بالأولى ولم تقع الثانية ولا الثالثة

الثوري . وقال ابن المنذر وبه أقول ذكر أبو بكر بن أبي شيبة انه قول عائشة وأم سلمة وخالد بن محمد ومكحول وحميد بن عبد الرحمن ، وكان طاووس وابن الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة . وفي مصنف ابن ابي شيبة عن جابر بن زيد وطاووس وعطاء ان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها فهي واحدة . وفي المبسوط وهو قول الحسن البصري .

(لأن الواقع مصدر محذوف) وهو الطلاق الذي قام صفة ، وهو الثلاث مقامه (لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكره في الفصل المتقدم على فصل تشبيه الطلاق بقوله ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد إلى آخره (فلم يكن قوله انت طالق إيقاعاً على حدة فيقعن جملة) يعني إذا كان الواقع مصدراً محذوفاً لم يكن قوله أنت طالق إيقاعاً على حدة ، وإلا زاد عدد الطلاق وهو غير مشروع ، فيقعن جملة ، وصار الكلام واحداً ولا يفصل بعضها عن بعض ، فإن إيقاع الطلاق لا يتأتى بلفظ او جزء منه ، بخلاف قوله أنت طالق وطالق وطالق ، حيث انفصلت الثانية والثالثة لأنها كلمات متفرقة فوقعت الأولى .

(وإن فرق الطلاق) بأن يقول أنت طالق طالق على ما يجيء الآن (بانت بالأولى) أي باللفظ الأول ، وهو قوله- أنت طالق - وتبين لا إلى عدة ، لأنها غير مدخولة (ولم تقع الثانية ولا الثالثة) لأنه لا يبقى لوقوعها محل ، فيلغو كلامها . وحكي عن الشافعي القديم أنها تطلق ثلاثاً ثلاثاً . وقال ابن أبي هريرة من أصحابه هذا قول آخر ، وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي والليث بن سعد وربيعة ومالك . وقال أحمد لو ذكر بالواو تطلق ثلاثاً ، وبغير الواو لا تطلق لمذهب العلماء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لها أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، حيث يقع الثلاث جملة إذا وجد الدخول لوجود المعين في الآخر ،

وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق ، لأن كل واحد إيقاع على حدة إذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه ، فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مباينة ، وكذا إذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى .

وهو الشرط . وإذا قدم الشرط فعند أبي حنيفة تقع الواحدة ، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط .

فإن قيل الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، فلو قال لها أنت طالق ثلاثاً يقع الثلاث فينبغي أن يقع الثلاث أيضاً إذا قال لها أنت طالق وطالق وطالق . أجيب بأنه مسلم ولكن إذا وقعت الأولى فلا توقف لعدم المغير في الآخر بانت بها ، ولم يبق محل للثانية ولا للثالثة.

فإن قيل ينبغي أن تقع الثلاث تحقيقاً لمعنى الجمع في الواو ، أجيب بأنه حينئذ تكون الواو للمقاربة ولا دلالة لها عليها لأنها للجمع المطلق.

فإن قيل يلزم الترتيب على ما قلتم ، والواو لم توضع له . أجيب بالمنع لأنه إنما يلزم إذا كان وقوع الثانية والثالثة متحققاً فلا وقوع ولا ترتيب .

(وذلك) أي التفريق (مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق) ذكر المصنف صورة التفريق بدون حرف الواو ، والحكم فيما إذا ذكره بحرف الولو كذلك ، ولهذا إذا قال أنت طالق وطالق وطالق تبين بواحدة لا إلى عدة ، قاله الأترازي (لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يكن في آخر كلامه ما يغير صدره) أي صدر الكلام كالشرط والإستثناء (حتى يتوقف عليه) أي على ما يغير صدره (فتقع الأولى) في لفظ أنت طالق (في الحال وتصادفها) أي تصادف الأولى (الثانية) أي اللفظة الثانية وهي طالق (وهي مباينة) أي والحال انها مباينة فلا يبقى للثانية محل ولا للثالثة .

(وكذا إذا قال) أي وكذا تقع واحدة إذا قال (أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة كما قلنا انها بانت بالأولى) يعني لما سبقت الأولى في الوقوع صادفتها الثانية وهي مبانة .

ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل، وكذا إذا قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً لما بينا، وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى.

(ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) يعني لا يقع شيء، وكذا إذا قال أنت طالق ثنتين فماتت قبل أن يقول ثنتين، أو قال أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل أن يقول ثلاثاً، أو قال أنت طالق إن شاء الله تعالى فماتت قبل أن يقول إن شاء الله تعالى لم تطلق شيئاً (لأنه قرن الوصف) وهو الطلاق (بالعدد) وهو واحدة أو ثنتين أو ثلاثة (فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد) فهو واحدة أو ثنتين أو ثلاث، فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد (فات المحل قبل الإيقاع فبطل) كلامه فلا يقع شيء.

(وكذا) أي وكذا يبطل كلامه (لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً) أي أو قال أنت طالق ثلاثاً، فماتت قبل أن يقول ثلاثاً (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد (وهذه) أي هذه المسائل الثلاثة المذكورة هي قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وقوله أنت طالق ثنتين فماتت قبل قوله أنت طالق ثنتين، وقوله أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل أن يقول ثلاثاً (تجانس) أي تشاكل وتماثل (ما قبلها) أي المسألة التي قبلها (من حيث المعنى) وهي ما إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها.

بيانه أن المعتبر في الوصفين في الإيقاع هو العدد لا الوصف، فكانت هذه المسائل مماثلة للمسألة المتقدمة من حيث المعنى، إلا أن بينهما تفاوتاً في الحكم، وهو أن الطلاق واقع في المسألة المتقدمة، لأن العدد صادفها وهي منكوحة، وهاهنا لم يقع شيء لأن العدد صادفها وهي ميتة ليست بمحل لوقوع الطلاق. ثم لأصحاب الشافعي فيما إذا ماتت قبل ذكر العدد ثلاثة أوجه، أحدها: وهو اختيار المزني أنه يقع واحدة في المسألة الأولى، وفي

ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ،

قصد الثنتين وفي قصد الثلاث ثلاث . الثاني : أنه يقع واحدة . والثالث : أنه لا يقع شيء كقولنا .

(ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحده وقعت واحدة) هذه المسألة مذكورة في الجامع الصغير والقدوري جميعاً ، وعندنا في صورة قبل معتبراً بكتابيته وبعد الكناية يقع واحدة وفي قبل بهاء الكناية وبعد بغير الكناية يقع واحدة كما في قبل بغير الكناية [1] فعنده يقع في الصور الأربع إلا واحدة . وفي الروضة للنووي قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعدها طلقة ، بانت بالأولى. وإن قال بعد طلقة أو قبلها طلقة ففيه ثلاثة أوجه ، أصحها يقع واحدة ، والثاني لا يقع شيء، والثالثة يقع ثنتان ويلغو قوله قبلها . وإن قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة فوجهان ، أصحها وقع الثنتين ، والثاني واحدة .

وإن قال أنت طالق طلقة تحت طلقة أو تحتها طلقة أو فوق طلقة أو فوقها طلقة فثنتان ، وفيه وجه أنه طلقة كما في الإقرار فإنه لا يلزمه إلا درهم واختاره ابن لح [2] والحياطي. وقال إمام الحرمين والغزالي حكمه حكم مع ، وفي كلام المتولي ما يقتضي أنه لا يقع في غير المدخول بها إلا واحدة . وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة أو بعدها طلقة وذلك قبل الدخول فوجهان ، أحدهما يقع واحده ، والثاني لا يقع شيء. وفي المغني يقع واحدة ، وهو ظاهر قول الشافعي . وقال السروجي هو أحد قولي الشافعي ولا قول له فيه . وقال أبو بكر من الحنابلة يقع ثنتان كقول أصحابنا ويلغو قوله وبعدها . وفي المدخول بها يقع الثلاث ، وفي الجواهر قال أنت طالقة طلقة مع طلقة أو معها طلقة أو فوقها طلقة أو تحتها طلقة وقعت طلقتان.

---

(١) هكذا الجملة في الأصل ، اه مصححه .

(٢) هكذا رسمت في الأصل ، وربما هو صالح . اه مصححه .

والأصل أنه متى ذكر شيئين ادخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخراً كقوله جاءني زيـد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو . وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال ، لأن الإسناد ليس في وسعه ، فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية ، والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى .

(والأصل) أي في المسائل المذكورة (انه) أي أن الرجل (متى ذكر شيئين أدخل بينهما حرف الظرف) وهو قبل وبعد (إن قرنها بهاء الكناية كان) أي الظرف (صفة للمذكور آخراً كقوله جاءني زيد قبله عمرو) وتكون القبلية صفة لزيد ، وليس المراد بالصفة مصطلح النحاة ، بل المراد الصفة المعنوية كيف كانت (وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو) فتكون القبلية صفة لزيد ، وهذاالذي ذكره هو أحد الفصلين الذين بني عليهما الفصول الثلاثة ، وهي قبل وبعد وكلمة مـا والأصل الثاني هو قوله :

(وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال ، لأن الإسناد ليس في وسعه) لأن الطلاق وضع لرفع الإستباحة ، وما مضى من الإستباحة لا يمكن رفعه ، فيقع في الحال ، لأنه يملكه فيثبت ما أمكن صوناً لكلامه عن الإلغاء (فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى) هذا تفريع الأصل الأول ، ولهذا ذكره بالفاء وأراد بالأولى لفظة واحدة الأولى (فتبين بها) أي فتبين المرأة بالواحدة الأولى (فلا تقع الثانية) لعدم بقاء المحل لوقوعها .

(والبعدية في قوله بعدها واحدة) أي قوله أنت طالق واحدة بعدها واحدة (صفة للأخيرة) أي صفة للواحدة الاخيرة وهي الثانية (فحصلت الإبانة بالاولى) أي بالواحدة الاولى لما ذكرنا .

ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان ، لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الاولى في الحال ، غير أن الايقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضاً ، فيقترنان فتقعان ، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان ، لأن البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال ، وإيقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان. ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان ، لان كلمة مع للقران . وعن أبي يوسف « ر ح » في قوله معها واحدة تقع واحدة ، لأن الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة .

(ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) أي طلقتان (لان القبلية صفة للثانية) أي للواحدة الثانية (لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي إيقاع الاولى في الحال أيضاً فيقترنان) أي الإيقاعان يقترنان في الوقوع (فيقعان جميعاً ، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة) أي وكذا يقع ثنتان (لان البعدية صفة للأولى) أي للواحدة الاولى (فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال والاخرى قبل هذه فيقترنان) في الوقوع .

(ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة) أي أو قال أنت طالق واحدة معها واحدة (تقع ثنتان) أي طلقتان ، وهذا الفصل الثالث من الفصول الثلاثة ، وهي قبل وبعد ومع . ولما ذكر الفصلين الاولين وهما القبلية والبعدية ذكر الفصل الثالث وهو فصل كلمة مع (لان كلمة مع للقران) أي للمقارنة فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقاً لمراده فوقعتا معاً .

(وعن أبي يوسف في قوله معها أنه يقع واحدة ، لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة) فيتقضي أن لا يقع السابق فلا يقع ثنتان . وعلل ابن قدامة له أن الطلقة إذا

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى . ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة « ر ح » وقالا تقع ثنتان . ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالإجماع .

وقعت لا يمكن أن يقع معها غيرها ، والتعليل الصحيح هو الأول ، وبقول أبي يوسف قال الشافعي في وجه ، وهو اختيار المزني (وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها) أي في قوله قبل واحدة أو قبلها واحدة وبعد واحدة أو بعدها واحدة أو مع واحدة أو معها واحدة (لقيام المحلية بعد وقوع الأولى) لأنها في العدة وهي محل الإيقاع . وقال الكاكي قيل هذا الجواب مشكل في قوله - أنت طالق واحدة قبل واحدة - فإن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير ، ثم قال وجوابه مذكور في أصول الجامع الكبير ، انتهى .

قلت هذا تعليق فيه تسويف ، وجوابه أن اللفظ أشعر بالوقوع وهو ظاهر فيه ، والعمل بالظاهر واجب كما لو قال أنت طالق ، فإن الطلاق الثاني يقع أيضاً كالأول ، وإن احتمل الخبر والتأكيد لكونه غالباً في الإنشاء ظاهراً فيه .

(ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في وجه . وقال أبو نصر من أصحابه وهو أقيس (وقالا يقع ثنتان) وبه قال الشافعي في وجه ، وهو اختيار القاضي أبو الطيب وهو قول مالك وأحمد وربيعة والليث بن سعد وابن أبي ليلى لأن حرف الجمع كلفظ الجمع عندهم .

(ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار ، فدخلت الدار طلقت ثنتين بالإتفاق) هذه من مسائل القدوري رحمه الله تعالى وفيها أخر الشرط فوقعت طلقتان ، لأن صدر الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير موجبه فوجد

لهما أن الواو للجميع المطلق فيقعن جملة كما إذا نص على الثنتين[1] أو أخر الشرط ، وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب ، فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان ، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا أنجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك، بخلاف ما إذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام، فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة،

الشرط فوقع جميع ذلك بخلاف المسألة الأولى التي فيها قدم الشرط حيث يقع واحدة ، لأن المعلق بالشرط بالمنجز عند وجوده ، فلما طلقت واحدة لغت الثالثة ، لأنها صادفتها وهي أجنبية ، وإن كانت المرأة مدخولاً بها وقع الجميع بلا خلاف ، قدم الشرط أو أخره ، لأن الثانية صادفتها وهي في العدة .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن حرف الواو للجمع المطلق فيقعن جملة) كلاهما به بغير جماعة النساء على إسناد الفعل إلى الطلقات ، وهي غير مذكورة ، أي الطلقات جملة. وكان ينبغي أن يقول فيتعلقان أو يقعان بالتثنية ، لأن الواحدة ذكرت مرتين لا ثلاث مرات كما إذا نص على الثلاث كان ينبغي أن يقول هنا أيضاً (كما إذا نص على الثنتين) على ما لا يخفى (أو أخرالشرط) أي كما لو أخر الشرط كما في قوله أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار حيث يقع ثنتان كما مر .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب) لأن تحقيقه في الخارج لا يمكن إلا بأحد الوجهين (فعلى اعتبار الأول) أي على اعتبار القران يقع ثنتان (وعلى اعتبار الثاني) أي على اعتبار الترتيب (لا يقع إلا واحدة) لكونه غير المدخول بها فلا يقع على ما زاد على الواحدة بالشك (كما إذا أنجز بهذه اللفظة) بأن قال أنت طالق واحدة واحدة حيث لا يقع إلا واحدة بالإتفاق لعدم المحلية للثانية (فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه) أي لأن الشرط (يغير صدر الكلام فيتوقف الأول عليه) أي أول الكلام على الشرط (فيقعن جملة) كان

---

(١) الثلاث — هامش .

ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف ، ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي « رح » وذكر الفقيه أبو الليث « رح » انه يقع واحدة بالاتفاق ، لان الفاء للتعقيب وهو الأصح .

وأما الضرب الثاني وهو الكنايات

ينبغي أن يقول يقمان جملة (ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف) فيقع على الترتيب فتبين بالأولى ولا تقع الثانية لعدم المحلية .

(ولو عطف بحرف الفاء) بأن قال أنت طالق واحدة فواحدة إن دخلت الدار (فهو على هذا الخلاف) يعني عند أبي حنيفة ثنتان ، وعندهما واحدة (فيما ذكره الكرخي) فإنه جعل العطف بالفاء والواو سواء . وقال إن حرف العطف يجعلها كلاماً واحداً فتعلقتا كما في صورة الواو سواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافاً له . وفي المبسوط الطحاوي مكان الكرخي.

(وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالإتفاق ، لأن الفاء للتعقيب) فتقع الأولى ولا محل للثانية (وهو الأصح) أي الإتفاق أصح ، لأن الفاء للعطف على التعقيب لغة لا مطلق العطف ، فيقتضي التعليق على التعقيب فينز من[1] كما علقت بالأولى تبين ، فلاتقع الثانية ، كذا في المبسوط ، وفيه لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق في المدخول بها تعلقت الأولى ووقعت الثانية ولغت الثالثة عند أبي حنيفة ، ولو أخرت الشرط وقعت الأولى والثانية في الحال وتعلقت الثالثة في المدخولة وغير المدخولة يقع واحدة في الحال ، ويلغو ما سوى ذلك عنده وعندهما ، وللشافعي ومالك وأحمد يتعلق الثلاث بالشرط سواء قدم أو أخر في المدخولة وغيرها ، وعند وجود الشرط إن كانت مدخولة يقع الثلاث وإلا تطلق واحدة .

(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) هذا عطف على ما ذكر بقوله فالصريح مثل قوله أنت طالق في أول باب إيقاع الطلاق ، لأنه قسم الطلاق ثمة إلى صريح و كناية ،وقد

---

(١) هكذا الكلام في الأصل . اه مصححه .

لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لانهـــا غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته . قال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا تقع بها إلا واحدة، وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك ، وأنت واحـــدة . أما الاولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح ، وتحتمل

فرغ من بيان الصريح ، والآن شرع في بيان الكناية . والصريح ما هو المكشوف المراد ، والكناية ماهومستتر المراد من قولهم كنيت أو كنوت الشيء إذا سترته (لا يقع بها)أي الكناية (الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال) إذ هي دليل على المراد كما في البيع بالدراهم المطلقة يصرف إلى غالب نقـــد البلد ، وكذا لو أطلق النية في الحج يصرف إلى الفرض بدلالة الحال ، ولهذا جعل أحمد رحمه الله تعالى دلالة الحال مقام النية في جميع الكنايات في حالة الغضب وغيره بلا نية من الزوج وقال الشافعي لا يقع الطلاق بشيء منالكنايات في حالة الغضب وغيره بلا نية من الزوج ومن المرأة ، وعندنا يكفي نية الزوج ، لاحتمال إرادة غير الطلاق فيها في جميع الأمور . وقال مالك يقع الطلاق بلا نيـــة في الكنايات الظاهرة ، كقوله بائن بتـــة حرام . فإذا قال ما نويت الطلاق لا يصدق ، لأن ظاهرها في الطلاق .

(لأنها) أي لأن الكنايات (غير موضوعة للطلاق بل يحتمل الطلاق وغيره فلا بد من التعيين) بالنية (أو دلالة) أي أو دلالة معنى التعيين ، ويجوز أن يرجـــع الضمير إلى الحال لأن الحال مما يذكر ويؤنث ودلالة الحال بأن تكون في مذاكرة الطلاق ، وكان اللفظ لايصلح رداً .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (وهـــي على ضربين) أي نوعين وأراد بهما الرجعي والبائن ، أجمل أولاً ثم فصل ذلك بقوله (منها) أي من الكنايات (ثلاثة ألفاظ تقع بها) طلاق رجعي ولا يقع بها (إلا واحدة ، وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة أما الأول) وهي لفظة اعتدي (فلأنها تحتمل الإعتداد عن النكاح وتحتمل

اعتداد نعم الله تعالى . فإن نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقاً سابقاً ، والطلاق يعقب الرجعة . وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء لتطليقته . وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عند قومها ، ولما احتملت هذه ألفاظ

اعتداد نعم الله تعالى ، فإذا نوى الأول تعين بنيته) أي نية الأول ، ويجوز أن يقال بنية الزوج(فيقتضي طلاقاً سابقاً ، والطلاق يعقب الرجعة) .

(وأما الثانية) هي لفظة استبرئي رحمك (فلأنها تستعمل بمعنى الإعتداد ، لأنه تصريح بما هو المقصود منه) أي من الإعتداد (فكان بمنزلة) أي بمنزلة الإعتداد ، أي في حق إثبات الرجعة لا في حق إحتمال الإعتداد بنعم الله تعالى(ويحتمل الإستبراء لتطليقته) والإستبراء طلب براءة الرحم من الولد ، كذا في المغرب ، وإنما يحتاج إلى النية ، لأن قوله استبرئي رحمك يحتمل أن يكون معناه اطلبي براءة رحمك حتى تعلمن أنها فارغة عن الولد أم لا ، فلو كانت فارغة أطلقك ، وإلا فلا ، فلو كانت نيته هكذا لا يقع الطلاق ، ولو كانت نيته الإعتداد عن النكاح يقع الطلاق سابقاً كما في قوله اعتدي ، فلذلك احتاج إلى النية .

(وأما الثالثة) أي لفظ أنت واحدة (فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف ، معناه تطليقة واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله) أي قال مصدراً محذوفاً (والطلاق يعقب الرجعة) أراد بهذا أنه طلاق رجعي ، والطلاق من الرجعي فيه الرجعة (ويحتمل غيره) أي غير ما ذكر (وهو أن يكون واحدة عنده) أي عند الزوج(أو عند قومها) أي عند قوم المرأة (ولما احتملت هذه الألفاظ) أراد بها اعتدي واستبرئي رحمك وأنت

الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية ولا يقع إلا واحدة ،لان قوله أنت طالق منها مقتضى أو مضمر . ولو كان مظهراً لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مظهراً أولى ، وفي قوله واحدة إن صار المصدر مذكوراً ، لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث

واحدة (الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية) لأجل التمييز (ولا يقع بها إلا واحدة ،لأن قوله أنت طالق منها مقتضى) في قوله اعتدي واستبرئي رحمك (أو مضمر) في قوله أنت واحدة كان تقديره أنت طالق طلقة واحدة ، وعند الشافعي لا يقع شيء بقوله أنت واحدة وإن نوى ، لأنه نعت المرأة وليس فيه معنى احتمال الطلاق أصلاً .

قلنا إذا نوى يقع ، لأنه أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة فيحمل عليه ، وعند زفر يقع بائناً بقوله أنت واحدة كما في سائر الكنايات . وبعض المشايخ جعل الطلاق في اعتدي بعد الدخول بالإقتضاء ، وقبله بطريق الإستعارة المحضة .

فإن قيل قلت الأمر بالإعتداد إنما يصح بعد وقوع الطلاق ، فكيف يكون قبله. قلت قوله اعتدي قبل الدخول جعل مستعاراً عن الطلاق ، لأن الطلاق سبب لوجوب العدة على ما هو الأصل ، إذ الطلاق قبل الدخول إنما وقع لعارض أن النكاح لم يوضع لهذا ، والعوارض غير داخلة في القواعد ، فيكون الطلاق سبباً لوجوب العدة ، فاستعير الحكم لسببه .

(ولو كان مظهراً) يعني لو كان الطلاق وقال أنت طالق (لا يقع بها) يعني بلفظة أنت طالق (إلا واحدة) أي إلا طلقة واحدة (فإذا نوى) أي الطلاق (مضمراً) في قوله أنت واحدة (أولى) أن لا يقع إلا واحدة ، وذلك أن الأصل في الكلام الصريح لكونه أولى على المراد ، بخلاف المضمر لأن فيه قصوراً ،ولهذا لا يثبت حكمه إلا بالنية (وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكوراً) هذا سؤال بيانه أن يقال لما كان المصدر مذكوراً ينبغي أن يصح نية الثلاث ، فأجاب بقوله (لكن التنصيص بالواحدة ينافي نية الثلاث) بيانه أن نية الثلاث لا تصح ، وقوله أنت واحدة وإن ذكر المصدر بأن قيل

ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح ، لان العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب . قال وبقية الكنايات إذا نوي بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، وإن نوي ثلاثاً كان ثلاثاً وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة ، وهذا مثل قوله أنت بائن وبتّة وبتلة

أنت طالق واحدة ، لأن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث للمنافاة بين الواحدة والعدة فلا يحتمل لفظاً لا حقيقة ، لأنه ليس بموضوع له ولا مجازاً للمنافاة.

(ولا يعتبر إعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعني سواء قال أنت واحدة بالرفع أو بالنصب أو بالسكون (هو الصحيح) احترز به عن قول بعض المشايخ المذكور في شرح الجامع الصغير أنه إذا أعرب الواحدة بالرفع لم يقع شيء ، وإن نوى لانها صفة شخصها ، وإذا أعرب بالنصب يقع من غير نية ، لانه نعت مصدر محذوف ، وإن سكن ولم يحرك يحتاج إلى النية ، وإن نوى كان على الإختلاف ، يعني عندنا يقع واحدة رجعية ، وعند الشافعي لا يقع شيء . وقيل عدم الوقوع في الرفع قول محمد ، والصحيح أن الكل سواء ، فلا اعتبار للاعراب (لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب) فلا يحتاج إلى التفصيل .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (وبقية الكنايات) أراد بها ما سوى الالفاظ الثلاثة المذكورة (إذا نوى بها) بلفظ فيها (الطلاق كانت واحدة بائنة) أي طلقة واحدة بائنة (وإن نوى ثلاثاً) أي ثلاث تطليقات (وإن نوى ثنتين) أي طلقتين (كانت واحدة) أي كانت الطلقة واحدة . وقال زفر ومالك والشافعي يقع ما نوى . وقال أحمد هو عندي ثلاث لكني أكره .

(وهذه) أي المذكور من بقية الكنايات (مثل قوله) أي قول الزوج (أنت بائن) أي من البينونة وهو القطع ، وهو نعت للمرأة ويحتمل أن يكون استبرئى عن النكاح وعن المعاصي وعن الخيرات ونحو ذلك (وبتة) من البت وهو القطع أيضاً ، وفيه الإحتمالات المذكورة (وبتلة) أي بتلت التي إذا أبتله عن غيره، وفيه الإحتمالات المذكورة

وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخليّة وبرية ، ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة ، وتقنعي وتخمري واستبرئي واغربي واخرجي

(وحرام) أصله المصدر كالحرمية ، ويراد به النعت ومعناه الممنوع ، وفيه الإحتمالات المذكورة (وحبلك على غاربك) وهو استعارة عن التحلية ، والغارب بالغين المعجمة ما تقدم من الظهر وارتفع عن العنق فيحتمل الخلو من الخيرات لكونك غير مطيعة ، ويحتمل الخلو عن قيد النكاح لكونك بائنة .

(والحقي بأهلك) الحقي أمر من لحق من حد علم وفتح الالف وكسر الحاء خطأ ، فإنه يصير من الإلحاق وهو فعل متعد ، والصحيح أن يجعل من اللحوق فيحتمل لاني طلقتك إلحقي بأهلك ، ويحتمل سيري بسير أهلك (وخلية) من الخلو ، بضم الخاء من حددخل ، فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح (وبرية) من البراءة من حد علم ، فيحتمل البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد النكاح (ووهبتك لاهلك ولا ملك لي عليك) يحتمل اني عفوت عنك لاجل أهلك ، ووهبتك لاهلك لاني طلقتك (وسرحتك) يحتمل التسريح بالطلاق أو بغيره (وفارقتك) تحتمل المفارقة بالطلاق أو بغيره . قال الشافعي هما صريحان لا يحتاجان إلى الطلاق ، فيكون تفويضاً له إليها ، ويحتمل غيره في تصرف آخر .

(وأمرك بيدك واختاري) يحتمل اختيار نفسها بالفراق من النكاح أو في أمر آخر ، وفي هذين اللفظين لا تطلق حتى تطلق نفسها (وأنت حرة) يحتمل عن حقيقة الرق أو رق النكاح (وتقنعي) هذا أمر بأخذ القناع على وجهها ، فيحتمل لانك بنت مني بالطلاق وحرم علي نظرك أو عن الاجنبي لانظر إليك (وتخمري) هو أمر بأخذ الخمار ، فيحتمل ما يحتمله تقنعي (واستتري) هو أمر بالسترة ، فيحتمل ما احتمل تخمرى (واغربي) وهو بالغين المعجمة والراء المهملة ، أى تباعدي عني ، لاني طلقتك . واغربي لزيارة أهلك ، ويروى اعربي بالعين المهملة ، والثاني من العروبة وهو النقد (واخرجي) يحتمل

أخرجي من عندي لاني طلقتك ، واخرجي أمر لشيء آخر (واذهي وقومي وابتغي الازواج) أى اطلبيهم ، فيحتمل لاني طلقتك ، أو ابتغي الازواج من النساء ، لان لفظ الازواج مشترك بين الرجال والنساء ، وهذه اثنتان وعشرون لفظاً .

وفي شرح الاسبيجابي وجوامع الفقه هي كنايات ومدلولات . وفي الينابيع ثلاث كنايات ومدلولات وتفويضات، أما الكنايات فقوله أنت بائن وبتة وخلية وبرية وحرام. وما ألحق بها القاضي أبو يوسف في رواية الطحاوى وهي أربعة ذكرها السروجي في المبسوط وقاضي خان فى الجامع الصغير ، وهى لا سبيل لي عليك ، لا ملك لي عليك ، خليت سبيلك وفارقتك ، وخرجت عن ملكي . قالوا هو بمنزلة خليت سبيلك . وفي الينابيع وألحق أبو يوسف بالخمسة ستة أخرى ، وهي الاربعة المتقدمة ، وزاد خالعتك ، والحقي بأهلك . وقال السروجي ينبغي أن يزاد فيها أنت بتلة ، ولا سلطان لي عليك ، فتصير ثلاثة عشر .

وأما المدلولات قيل قومي واذهي واخرجي وتقنعي وتخمري واستبرئي والحقي وانتقلي واغربي وابتغي الازواج ، لا نكاح بيني وبينك ، وحبلك على غاربك ووهبتك لاهلك ، وما أنا بزوج لك ، وبنت مني . ولو قال فسخت نكاحك أو النكاح الذى بيني وبينك ، وأنا بريء من نكاحك ونجوت مني أو تخلصت أو نزلت لك طلاقاً يقع بالنية . وفي التكملة تحرمي ونوى به الطلاق كانت طلقة بائنة إذا لم ينو ثلاثاً . وفي المرغيناني قال أنا برىء من نكاحك يقع ، وأطلق في الكتاب وهو محمول على النية . ولو قال ابتداء وهبت لك طلاقك أو وقعت به يقع بالنية عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه . وقال أبو يوسف هو تمليك إن نوى بها تمليكاً كان تمليكاً بلا خلاف .

وفي الذخيرة عن أبي يوسف إذا قال لها وهبتك لاهلك أو لابوك أو لابيك أو لامك لو لابنك أو للأزواج فهو طلاق بالنية . وإن قال وهبتك لاختك أو لعمتك أو لخالتك وما أشبه ذلك فليس بطلاق وإن نواه ، ولا يشترط القبول لوقوع الطلاق عندنا ، ولو قال اذهي ألف مرة ونوى به الطلاق فثلاث . ولو قال خذى طلاقك فقالت أخذت

يقع ، وكذا اخرجي إن شئت ، ونوى فقالت شئت يقع . ولو قال تزوجي زوجاًليحلك فهو إقرار بالثلاث .

وأما التفويضات فقوله أمرك بيدك ، والطلاق إليك ، بخلاف الطلاق منك فإنـــه كناية يقع بالنية . وفي البدائع أو أنت طالق إن شئت أو طلقي نفســك . ولو قال لم أتزوجك أو لم تكوني بامرأة ، وما أنت بامرأة إلي ، أو نوى لا يقع ، وكذا لو قال له لك امرأة فقال لا لم يقع ، وأجمعوا على انه لو قال لم أتزوجك أو لم يكن بيننا لا يقــع ، وإن نوى ، وإن قال لا نكاح بيننا يقع إذا نوى ، قال المرغيناني ولــو قال لم يبق بيني وبينك شيء ونوى لا يقع . وفي الفتاوى لم يبق بيني وبينك ونوى يقع . ولو قال لهـا أعرتك طالق ، وأنا بريء من طلاقك . أو بريت لك من طلاقك ، أو أعرضت أوصفحت عن طلاقك لا يقع ، وإن نوى .

وفي الحاوي قال بريت إليك من طلاقك الأصح انه يقع بالنيــة . وفي المرغيناني قال اعرتك طلاقك صار بيدها . وعن ابي حنيفة يقع . وعن محمد ولو قال أقرضتك طلاقك يقع . ولو قال رهنتك ، قال المتأخرون لا يقع ، وقيل يقع ، ولو قال بعتك طلاقــك فقالت اشتريت يقع رجعياً ، وبه قال مالك . وقال أحمد وإسحاق لا يقع ، ونحن نعتبر بالهبة ، ولو قال ابحتك طلاقك لا يقع ، وبمهرك بائن ، وكذا بعتك نفسك ، ولو زوج امرأته من غيره لا يكون طلاقاً ، قاله أبو حامد وغيره . وقال أبو جعفر الهنـك وأنى يقع إن نواه . ولو أراد أن يطلقها فقالت هب لى طلاقي فقال وهبت لا يقع ، ولو قال أربع طرق مفتوحة لك لا يقع وإن نوى ما لم يقل خذي أو اذهبي أيهـــا شئت . وفي المبسوط إذهبي وبيعي ثوبك ونوى الطلاق لا يقع عند أبي يوسف ، وعند زفر يقع ، وبه قال الشافعي ، ولو قال لآخر أحل إليها طلاقها أو أخبرها به طلقت في الحال .

وقال في المبسوط لو قال لها أنت علي كالميتة أو كالخمر أو كلحـــم الخنزير ونوى الطلاق وقع ، وبه قال الشافعي . وفي الكافي قال لامرأته هذه أختي أو بنتي أو أمي من الرضاع وثبت عليه فرق بينهما . ولو قال أخطأت أو وهمت أو نسيت لم يصدق قياساً

لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية. قال إلا أن يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه.

لانه أقر بالتحريم ويصدق استحساناً ، لان هذا إيجاب بالتحريم فلا يقع إلا بقرينة،وهي الدوام بأن يقول ما قلت حق . ولو قال طلقك الله ، أو لعبده أعتقك الله وقعا بلا نية ، وبه قال الشافعي . ولو قال طلاقك علي واجب أو لازم أو ثابت أو فرض ، أو طلاقك علي تكلموا فيه قيل يقع واحدة رجعية ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وفي قوله لازم واجب تطلق عند الجميع ، وقيل لا يقع شيء ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقيل يقع عند أبي حنيفة خلافاً لهما إلا في قوله لازم ، فإنه يقع به

وقال أكثر أصحاب الشافعي يقع بلا نية لانه بمنزلة الصريح ، ومع النية يقع عند جميعهم ، وبه قال مالك وأحمد ، وقيل على عكسه . وقيل في قوله واجب يقع بلانية، والصحيح انه يقع في الكل ، بخلاف ما لو قال لعبده عتقك علي لازم أو واجب لا يعتق ، ولو قال لها قولي أنا طالق تطلق إذا قالت ، وإذا لم تقل لا . ولو قال نساء أهل الري ، او قال نساء أهل الدنيا أو عبيد أهل الدنيا أحرار يقعان بالنية، وبه أخذ عصام ابن يوسف،وعليه الفتوى وعن محمد يقعان بلا نية ، وبه أخذ الشافعي، ولو قال أنت طالق ونوى يقع ، وإلا فلا . ولو قال يا طال بكسر اللام تقع بقرينة ، وهذا كله في حالة الرضاء ، وفي حالة الغضب . وفي مذاكرة الطلاق يقع ، وإن لم يذكر اللام مكسوراً .

(لانها) أي لان هذه الالفاظ (تحتمل الطلاق وغيره،فلا بد من النية) لاجل التعيين (إلا أن يكون) وفي بعض النسخ قال إلا أن يكون ، أي قال القدوري رحمه الله تعالى إلا أن يكون أي المتكلم بهذه الالفاظ (في حال مذاكرة الطلاق) وفي بعض النسخ إلا أن يكونا بضمير الإثنين ، أي إلا أن يكون الزوجان ، وهو استثناء من قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة إلا في حال مذاكرة الطلاق (فيقع بها الطلاق في القضاء ، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، إلا أن ينويه) أي الطلاق .

قال « رض » سوى بين هذه الألفاظ ، وهـــذا فيا لا يصلح رداً ، والجملة في ذلـــك أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة ، وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب . والكنايات ثلاثة أقســام ما يصلح جواباً ورداً ، وما يصلح جواباً لا رداً ، وما يصلح جواباً ويصلح سباً وشتيمة ، ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنيـة ، والقول قوله في إنكار النية لمـا قلنا ، وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيا يصلح جواباً ولا يصلح رداً في القضاء مثل قوله خلية

(قال) أي المصنف رحمـــه الله تعالى (سوى) أي القدوري رحمه الله تعالى (بين هذه الألفاظ) وقال لا يصدق في القضاء ، يعني سوى القدورى بين هذه الألفاظ في وقوع الطلاق بلا نيـة في حال مذاكرة الطلاق (وهذا) اى الذى قاله من التسوية (فيا لا يصلح رداً) إذا سوى للمرأة ثم شرع يبين تفصيل ذلـــك بقوله (والجملة في ذلك) اى في بيان ذلك (لأن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاع) وهي حالة ابتداء الـــزوج بالطلاق ، وليست بحالة مذاكرة الطلاق ولا حـــالة الغضب (وحالة مذاكرة الطلاق) وهي أن تسأل المرأة أوغيرها طلاقها زوجها (وحالة الغضب) وهو الغضب من الجانبين.

(والكنايات ثلاثة أقسام) الأول (ما يصلح جواباً ورداً لا غير) اي جواباً لسؤال المرأة الطلاق ورداً لكلامها عند سؤالها (و) الثاني (ما يصلح جوابـاً لا رداً) اي لا يصلح رداً (و) الثالث (ما يصلح جواباً ويصلح سباً وشتيمة) فإذا عرف هـذا يعرف حكم هذه الأقسام (ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها) أي من هذه الألفاظ (طلاقاً إلا بالنية) للاحتمال وعدم دلالة الحال (والقول قوله) اي قول الزوج (في إنكار النية لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنها غير متنوعة للطلاق بل يحتمله وغيره .

(وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق) اي الزوج (فيا يصلح جواباً ولا يصلح رداًفي القضاء) يتعلق بقوله يصدق ، أي لا يصدق قضاء في انه لم ينو الطلاق (مثل قوله خلية

وبرية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري ، لأن الظاهر أن مراده الطلاق عنـــد سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً مثل قوله إذهبي أخرجي قومي تقنعي تخمري ، ومـا يجري هذا المجرى ، لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه ، وفي حـالة الغضب يصدق في جميـع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتـدي واختاري ، وأمرك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها

وبرية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري) هذه ثمانية الفاظ ومثله يصلح جواباً ولا يصلح رداً في حال مذاكرة الطلاق ، وقد ذكرنا معانيها عن قريب (لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق) لأن كلامه جواب لسؤالها الطلاق والسؤال يصلح مفاداً في الجواب ، والقاضي مأمور باتباع الظاهر (ويصدق فيا يصلح جواباً ورداً مثل قـوله اخرجي إذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هـــذا المجرى) أراد ما يصلح جوابـاً ورداً كالألفاظ المذكورة ، وفي قوله اغربي واستبرئي . وقال شمس الأئمـة في المبسوط لو قال اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقاً موجباً للبينونة ، لأنـه لا يلزمها الذهاب إلا بعد زوال الملك (لأنه يحتمل الرد ، وهو الأدنى فحمل عليه) أي على الادنى ، لأن الأدنى متيقن ، وذلك لأن الرد رافع ، والجواب رافع ، لأن الطلاق رافع لقيد النكاح والدفـع أسهل من الرفع فيكون الرد أدنى في الجواب .

(وفي حالة الغضب يصدق في جميـع ذلك) أي فيا يصلح جواباً ولا يصلح رداً ، وفيا يصلح جواباً ورداً (لاحتمال الرد) في السبعة المذكورة مثل اخرجي ... إلى آخـــره (والسب) أي لاحتمال السب في الخمسة المذكورة في اوائل الثانية ، وهي خلية ... إلى آخره (إلا فيا يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم) الاستثناء في قوله يصدق في جميـع ذلك (كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها) أي في هذه الثلاثة

لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق . وعن أبي يوسف « ر ح » في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السبب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا . وقال الشافعي « ر ح » تقع بها رجعي ، لأن الواقع بها طلاق ، لأنها كنايات عن الطلاق ، ولهذا تشترط النية وينتقض بها العدد ، والطلاق معقب للرجعة كالصريح .

ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله

(لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق) ألا ترى انه من قال لغيره في حالة الرضا لايكون قاذفاً ، ولو قال في حالة الغضب يكون قاذفاً .

(وعن أبي يوسف لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب) لان معنى لا ملك لي عليك ، لأنك أدون من أن تملك ، ومعنى لا سبيل لي عليك لسوء خلقك ، واجتماع أنواع الشر فيك . ومعنى فارقتك أي في المسكن اتقاء لشرك (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الاول) وهي المذكورة في أول الكنايات بقوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة (مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة ، كذا في الحصر منهم علي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم .

(وقال الشافعي يقع بها) أي بالكنايات (رجعي) اي طلاق رجعي ، وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ، وبه قال أحمد في روايـة ، وفي أخرى كقولنا ، وبه قال مالك (لان الواقع بها) أي بالفاظ الكنايات (طلاق ، لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) أي ولكونهـا كناية عن الطلاق يشترط النية في وقوع الطلاق (وينتقض بها العدد) اي ينتقض عدد الطلاق بوقوع واحدة منها (والطلاق معقب الرجعة كالصريح) اي كما هو معقب الرجعة في الطلاق الصريح .

(ولنا ان تصرف الإبانة صدر من أهله) وهو الزوج ، لانه يملك تصرف البينونـة ،

مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الأهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة إلى إثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقـــع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق

ولهذا إذا أخذ العوض يقع البائن بالإجماع فعلم ان الإبانة مملوكة للزوج وإلا لم يجز الاعتياض عنه (مضافاً إلى محله) أي محل التصرف وهو المرأة (عن ولاية شرعية) لان الشارع جعل ولاية الطلاق إليه (ولا خفاء في الاهلية) اى في اهلية الزوج (والمحلية) أي محلية المرأة للبينونة اللفظية بالاتفاق (والدلالة على الولاية) وهذا جواب عما يقـال لم قلتم إن له ولاية شرعية في تصرف الابانة ، فأجاب بقوله والدلالة على الولاية (ان الحاجة مـاسة إلى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك) قال بعض الشراح اى التدارك بإيقاع الثلاث ، والاوجه ما قاله صاحب النهاية تدارك دفع المرأة عن نفسه ، وذلك لانه لو لم تقع البينونة عند نيته فتثبت الرجعة والزوج يريد فراقها .

(ولا يقع) بالنصب عطفاً على قوله — كيلا ينسد — (في عدتهـا) وفي بعض النسخ في عهدتها (بالمراجعة من غير قصد) فيقع في فرطها بالمراجعة إذا كانت فاجرة أو بهـــا مسلاطة ، وما رأيت شارحاً حرر هذا الموضع كما ينبغي ، غير أن الاكمل تعرض لكلام المصنف بغير جدوى ، حيث قال ما ملخصه ان ها هنا وجهين ، وأراد بها قوله —والدلالة على الولاية — إلى قوله — التدارك ، وقوله — ولا يقع ... إلى آخره — وقـــد جعلهما واحداً ، لان الاول بعينه تفسير الوجه الثاني ، وان جعل الثاني تفسير الاول فلا يستقم ، لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه ، وإذا فسد التفسير فسد المفسر ، والحال الكلام فيه ويراد دعواه للوجهين ، لان قوله — لا يقـــع ... إلى آخره — تتمة الكلام الذى قبله وإيضاح له ، وقوله — لا يستقيم — غير مستقيم ، لان الطلاق الرجعي يعقب الرجعة ، والرجعة اعم من أن تكون بالقول أو بالفعل ووقوع نظره إلى داخل فرجها فعل منه فتقع به الرجعة .

(وليست بكنايات على التحقيق) هذا جواب عن قول الشافعي انها كنايات،فأجاب

لأنها عوامل في حقائقها والشرط تعين أحـــد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة، وإنما يصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة، وعنـــد انعدام النية يثبت الأدنى ولا تصح نية الثنتين عندنا، خلافاً لزفر «رح»

بالمنع بأنا لا نسلم ان الفاظ الكنايات على التحقيق، اى على الحقيقة (لانها معلومة المعاني، ولا استتار في حقائقها) [1] وإنما سميت كنايات مجازاً للاستتار فيما يتصل به هذه الالفاظ لا للاستتار في نفسها، فلما زال ذلك الاستتار بنية الطلاق عملت في حقائقها وهو معنى قوله (**لأنها**) **أي لأن الكنايات (عوامل في حقائقها) لانعدم مضي التردد بنية الطلاق،** فاللفظ هو عامل في حقيقة موجبة حتى تحصل به الحرمة والبينونة .

(والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق) هذا جواب عن قوله ولهـــذا تشترط النية، أى نية الطلاق، تقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم، وليس كذلك، بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق، يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد (وانتقاص العدد) جواب عن قـــول الشافعي وينتقص به العدد، تقريره ان انتقاص العدد من الطلاق (لثبوت الطلاق) في ضمن البينونة (بناء على زوال الوصلة) اى على وصلة النكاح، ومنه يلزم وقوع الطلاق ولا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن، فكان النقص من حيث كونه طلاقاً بائناً (وإنما تصح نية الثلاث) هذا جواب عما يقـال ان البائن لو كان عاملا بنفسه ينبغي ان لا تصح نية الثلاث .

(وإنما تصح نية الثلاث) اى ثـــلاث تطليقات (فيها) أى في الكنايات (لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة) فالخفيفة هي الطلقة الواحدة البائنة والغليظة هي الطلقات الثلاث (وعند انعدام النية) اى نية الثلاث تثبت الادنى وهي الواحدة الثانية لانهـــا متيقنة (ولا تصح نية الثنتين) اى الطلقتين (عندنا خلافاً لزفر) وبه قـــال الشافعي

---

(١) هذا غير نص المتن، اهـ، مصححه .

لأنه عدد، وقد بيناه من قبل، وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقاً، وبالباقي حيضاً دُيِّن في القضاء، لأنه نوى حقيقة كلامه، ولأنـــه يأمر امرأته في العدة بالاعتداد بعد الطلاق، فكان الظاهر شاهداً له، وإن قال لم أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيات للطلاق

ومالك وأحمد في الكنايات الخفيفة (لانه عدد) أي لان الثنتين عدد ، إنما ذكر الضمير باعتبار المذكور ، او باعتبار لفظ الخبر وهذا دليلنا ، لان الثنتين عدد في حق الحرة ، وقوله انت بائن لا يحتمل العدد ، لانه فرد إلا إذا كانت المرأة أمة لانـــه جنس طلاقها (وقد بيناه من قبل) يعني في أوائل باب إيقـــاع الطلاق ، وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً إلى آخره ..

(وإن قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) أي قال الرجل لامرأته اعتدى ثلاث مرات (وقال نويت بالاولى) اى باللفظة الاولى من قوله اعتدى ثلاث مرات (طلاقاً وبالباقي) وهو الثنتان الباقيان (حيضاً دين في القضاء) يعني يصدق فى قوله فى الحكم ، وبه قـــال الشافعى ومالك وأحمد (لأنه نوى حقيقة كلامه) مثل اللفظة الثانية والثالثة، ونوى محتمل كلامه بالاولى ، لان لفظة اعتدى تحتمل معنيين ، أحدهمـــا اعتدى لا فى طلقتك ، والاخرى اعتدى نعمى عليك او نعم الله تعالى عليك ، او اعتدى خباياتك تهديداً لها . وفى اللفظ المحتمل لا يتعين الطلاق إلا بالنية أو بما يدل عليه من غضب أو مذاكرة الطلاق ، وها هنا قد صرح بأنه نوى الطلاق باللفظة الاولى وبالباقيتين الحيض فيصدق لما ذكرنا (ولانه) دليل آخر لتصديقه ، أي ولأن الرجل (يـــأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق (وكان الظاهر) اي ظاهر الحال (شاهداً له) فيما يقول .

(وإن قال لم أنو بالباقيتين شيئاً فهي ثلاث) اي ثلاث طلقات (لأنه لما نوى بالأولى) أي باللفظة الأولى (الطلاق صار الحـــال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيات الطلاق

بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية ، بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء ، لأنه لا ظاهر يكذبه ، وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين حيث لا يقع إلا واحدة ، لأن الحال عند الأولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق .

بهذه الدلالة) أي بدلالة الحال لأنها حال مذاكرة الطلاق (فلا يصدق في نفي النية) اي في قوله لم أنو بالباقي شيئاً (بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين حيث لا يقع إلا واحدة ، لأن الحال عند الأولين لم يكن حالة مذاكرة الطلاق) قال الإمام السرخسي وقاضي خان المسألة على اثني عشر وجهاً ، أحدها : ان يقول لم أنو الطلاق بشيء ، فالقول قوله مع اليمين ، وبه قال الشافعي وأحمد .

والثاني : قال نويت بالأولى ولم أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث .

الثالث : قال لم أنو بالثالثة شيئاً فهي ثلاث ، وفيه خلاف زفر والشافعي ومالك ، فعندهم واحدة .

الرابع : قال نويت بكلها الطلاق فهي ثلاث بالإجماع .

الخامس : قال نويت بالأولى والثانية الطلاق ، وبالثالثة الحيض فهو يدين قضاء أيضاً بالإجماع .

والسابع [1] : قال نويت بالأولى الطلاق ، وبالثالثة الحيض ، ولم أنو بالثانية شيئاً فإنها تطلق ثنتين ، وبه قال أحمد . وعن الشافعي ومالك وزفر واحدة .

والثامن : من قال نويت بالأولى الطلاق وبالثانية لم أنو بالثالثة شيئاً فإنها تطلق طلقتين أيضاً .

والتاسع : ان يقول لم أنو بالأولى والثانية شيئاً ، ونويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة بالإجماع .

---

(١) هكذا انتقل من الخامس إلى السابع من غير ذكر السادس ، اهـ مصححه .

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين

والعاشر : قال لم أنو بالأولى شيئاً ، ونويت بالثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً فهي طلقة واحدة .

الحادي عشر : قال لم انو الأولى شيئاً ونويت بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئاً فهي ثنتان عندنا وأحمد وزفر والشافعي ومالك يقع واحدة .

والثاني عشر : لو قال اعتدي ثلاثاً ، وقال نويت بقولي اعتدي طلاقاً وبالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال بالإجماع .

وزاد السرخسي الثالثة عشر : قال اعتدي اعتدي اعتدي فنوى واحدة فهي كذلك ديانة ولا يصدق قضاء . وفي المبسوط قال لها اعتدي فاعتدي أو اعتدي واعتدي ، أو قال اعتدي اعتدي ونوى به الطلاق يقع ثنتان في القضاء .

وقال زفر تعمل نية الواحدة في القضاء . وعن أبي يوسف في قوله اعتدي فاعتدي كذلك ، بخلاف الواو ، لأن الفاء للوصل ، فيكون معناه فاعتدي بذلك الإيقاع ، والواو للعطف ، فكان الثاني غير الأول ، وفي مصنف ابن أبي شيبة ان اعتدي طلقة عند ابن مسعود وعطاء ومكحول والنخعي والأوزاعي ، وقال أبو حنيفة واحدة رجعية إذا نوى الطلاق ، وبه قال الشعبي وأحمد . وقال الحسن والشعبي هو على ما نوى إلا أن يقول لم أنو شيئاً فهي واحدة . وإن قال اعتدي اعتدي اعتدي قال قتادة ثلاث ، وبه قال الحسن والشعبي . وقال أحمد والحكم هي واحدة . ولو قال أنت طالق يقع واحدة رجعية ، فإن قال واعتدي ، ثنتان عندنا .

(ثم في كل موضع يصدق الزوج على نفي النية) أي يصدق (وإنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الأخبار عما في ضميره ، والقول قول الأمين مع اليمين) لنفي التهمة عنه ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأحمد في الكنايات الخفيفة كذلك لا في الظاهر ، واشتراط اليمين لأن في قوله إلزاما على الغير وفيه ضعف ، فاحتيج إلى المؤكد وهو اليمين .

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق ، أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك ،

(باب تفويض الطلاق)

أي هذا باب في بيان تفويض الطلاق إلى غيره ، ولما ذكر بيان الطلاق بنفسه إذ هو الأصل شرع في بيان الطلاق بالنيابة .

(فصل في الاختيار)

أي هذا فصل في بيان الاختيار ، والإختيار من الخيرة على وزن الغيبة ، وهى اسم من قولك اختاره الله عز وجل ، وقال الجوهري الخيار اسم من الإختيار ، وقال أيضاً الإختيار الاصطفاء وقال تاج الشريعة اختيار الميل إلى الخير وإلى ما هو الأفضل ، والأولى. والباب المذكور يشتمل على ثلاثة فصول ، فصل في الاختيار ، وفصل في الأمر باليد ، وفصل في المشيئة ، وقدم فصل الاختيار على الفصلين المذكورين لأنه يؤيد بإجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين .

(**وإذا قال لامرأته اختاري**) حال كونه (**ينوي بذلك**) أي بقوله **اختاري** (**الطلاق أو قال لها طلقى نفسك فلها ان تطلق نفسها**) في الصورتين جميعاً (**ما دامت في مجلسها ذلك**) اى الذى وقع فيه هذا القول من الرجل ، وهذا الشرط بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ما يأتي . قال الكاكي ما دامت في مجلسها ذلك يدل على ان المجلس وإن تطاول يوماً أو أكثر لا يبطل خيارها ، لأن المجلس قد يطول ، وقد يقصر كذا في المبسوط .

فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين

فإن قيل إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم في ان الخيار يقتصر على المجلس خلاف النص ، لانه عليه السلام قال لعائشة رضى الله تعالى عنها حين نزلت آية التخيير فلا تجيبنى حتى تستأمرى أبويك ، وأبواها ليسا بحاضرين فى المجلس ، فهذا دليل على ان الخيار لا يبطل بالقيام عن المجلس كما قال الشافعى في القديم . قلنا إحسان الظن بالصحابة رضى الله تعالى عنهم فرض ، لانا تلقينا الشرع منهم بالقبول فلا يجوز مخالفتهم بلا دليل . وها هنا لادليل لانه عليه السلام أثبت لها الخيار مطلقاً ومنمياً [1] إلى غاية استئثارها لأبويها .

(فإن قامت منه) أى من مجلسها (أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها ، لان المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم) فيه عن عبد الله بن مسعود ، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال إذا ملكها أمرها فتفرقا قبل أن ينقضى شىء ، فلا أمر لها . وعن جابر عن عبد الله رضى الله تعالى عنه رواه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا ابن جريج عن ابن الزبير عن جابر بن عبد الله قال إذا خير الرجل امرأته فلم يخير مجلسها ذلك فلا خيار لها .

وعن عمر وعثمان وعبد الله بن عمرو بن العاص رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو **أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله تعالى عنهما قالا أيما رجل ملك امرأته أمرها وخيرها** ثم افترقا من ذلك المجلس فليس لها خيار ، وأمرها إلى زوجها انتهى ، وخالف الجماعة وشد الحكم وأبو ثور حيث لم يشترطا فيه المجلس ، واختاره ابن المنذر في الإشراف . وفي المغنى لا يقتصر على مجلسها ذلك وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأها وهذا قول أحمد أيضا .

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل . اهـ مصححه .

ولأنه تمليك الفعل منها ، والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع ، لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة ، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنـــه ، ومرة بالاشتغال بعمل آخر إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ،

ويروى عن علي رضى الله تعالى عنه وهو قول الحسن وقتادة ، وقال السروجي وهذا الخلاف في الامر باليد . وفي المغنى واكثر أهل العلم على ان الخيار على الفور ، روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي هو قول أصحـابنا . وقـال الزهري وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر على التراخي ، وهو رواية عن مالك .

(ولأنه) اي ولأن قوله اختاري وطلقي نفسك (تمليك الفعل منها) يعني لا توكيل لها ، لأن الوكيل عامل لغيره (ولأن التمليك يقتضي جواباً في المجلس) لأنـه خطاب ، فـإذا أخذت في عمل آخر يبطل التفويض ، وكذا لو خاضت في كلام آخر يبطـــل التفويض ، قال الله تعالى ﴿ حتى يخوضوا في حديث غيره ﴾ ١٤٠ النساء ، علم أن الخوض في عمل آخر بمنزلة الإعراض ، وليس بتوكيل ، لان الوكيل من يعمل لغيره ، وهي عاملة لنفسها بأن تخلص نفسها عن ذل رق النكاح ، بخلاف ما لو قال لأجنبي طلق امرأتي فإنه توكيل ، لأنه أمر لغيره .

(كما في البيـع) اى كما يقتضي الخطاب جواباً في البيـع ، لأن الأصل فيه خيار القبول في المجلس (لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة) لرفع الضرورة ، قال الحاكم الشهيد في الكافى إذا خير الرجل امرأته فلها الخيار في ذلك المجلس ، وإن تطاول يومـاً أو أكثر (إلا أن المجلس) اي غير ان المجلس (تارة يستدل بالذهاب عنه) اي عن المجلس (ومرة الإشتغال بعمل آخر ، إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما) اي غير مجلس الأكل ، وغير مجلس المناظرة .

والحاصل من هذا الكلام بيان أن انقطاع المجلس تارة يكون سبب حسي وهو نحوها

ويبطل خيارها بمجرد القيام ، لأنه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك بالافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري ، لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره ، فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة

من ذلك المكان ، وتارة بسبب حكمي وهو اشتغالها بعمل آخر ، ألا ترى ان الرجلين إذا كانا يتناظران في مجلس يكون مجلسهما مجلس النظر ، ثم إذا اشتغلا بالأكل يكون مجلسهما مجلس الأكل ، ، ثم إذا اشتغلا بشيء آخر يكون مجلس ذلك الشيء .

(ويبطل خيارها بمجرد القيام ، لأنه دليل الإعراض) لأنها لو اختارت لما قامت ، وكذا إذا اشتغلت بعمل آخر (بخلاف الصرف والسلم ، لان المفسد هناك) اي في باب الصرف والسلم (بالإفتراق من غير قبض ، ثم لا بد من النية) اي من نية الطلاق (في قوله اختارى لانه يحتمل تخييرها في نفسها ، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره) لا شك أن الإختيار يحتمل وجوهاً أخر سوى اختيار النفس بأن يراد اختارى الكسوة او النفقة او الدار للسكنى ، فلا بد من نية الطلاق ليزول الإحتمال .

(فإذا اختارت نفسها في قوله اختارى كانت واحدة بائنة) قال الكاكي وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه . وقال الشافعي وأحمد رجعية وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما في سائر الكنايات ، وعند زيد ثلاث . وكأنه حمل على إثم يكون من الإختيار ، وبه قال مالك وعمر وابن مسعود حملا على ادنى ما يكون منه ، وهو طلاق رجعي . وجه قول علي رضي الله تعالى عنه أن اختارها النفسها إنما يتحقق بزوال ملك الزوج حتى تصير مالكة أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة ، ولهذا قلنا لو نوى الثلاث بهذا اللفظ لا يقع إلا واحدة بائنة . وقال الترمذى اختلف اهل العلم في الخيار فروى عن عمر بن الخطاب وابن مسعود أن اختيارها لنفسها طلقة بائنة ، وكذا عن علي رضي الله تعالى عنه واحدة بائنة ، لكن إن اختارت زوجها فواحدة رجعية ، ومثله عن

زيـد رضي الله تعالى عنـه إلا أنه قال إن اختارت نفسها فثلاث ، وعنـه واحدة بائنة .

وقال الترمذى وذهب أكثر أهل العلم إلى قول عمر وابن مسعود من بعدهم من أهـل العلم والوقفة وهو قول الثورى والكوفيين ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، فإن طلقت نفسها ثلاثاً ، فليس للزوج أن ينكر ذلك عند مالك وأكثر أصحابه . وقال ابن جهم وسحنون له ذلك . وقال طاووس اختيارها نفسها ليس بطلاق ، لان الطلاق لا يكون إلى النساء . وقال ابن عمر ومثله قال ابو حنيفة في التخيير لا يقـع به الطلاق ، وأخطأ في النقل عنه .

فان قلت لو قال لها أمرك بيدك او طلقي نفسك او أنت بائن يصح نيـة الثلاث ، وهاهنا لا يصح مع أن فيها لفظ الامر ،مع أن الإختيار متنوع أيضاً ،وهو الادنى والاعلى لما قال زيد بن ثابت . قلت أجاب بعضهم بأن الوقوع بلفظ الإختيار على خلاف القياس ، وإنما يثبت ذلك بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، والإجماع انعقد بالطلقة الواحدة، بخلاف تلك المسائل . قلت فيه نظر وقوع تأمل . وأشار شيخ الإسلام بأن الامر إسم عام يتناول كل شيء ، قال الله تعالى ﴿ والامر يومئذ لله ﴾ أراد به الاشياء كلها ، فصلح إسماً لكل فعل ، فإذا نوى الطلاق صار كأنه قال طلاقك بيدك ، والطلاق يحتمـل العموم والخصوص . فأما اختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص والصفوة وثبوت البينونة ، وفيه مقتضى الصفوة ، فلم يصح فيه العموم .

ثم لو اختارت المرأة زوجها لا يقع به شيء عندنا ، وبه قال الشافعي ، وهو قول عمر ابن الخطاب وابن مسعود وأبي الدرداء وغيرهم غير علي ، فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، ولم يكن ذلك طلاقاً . عن علي رضي الله تعالى عنه في رواية تقع رجعية ، وبه قال الحسن البصرى وربيعة .

(والقياس أن لا يقع بهذا) اى يقتضي القياس أن لا يقع بقوله — اختارى — (شيء) كما ذهب إليه طاووس (وإن نوى الزوج الطلاق) واصل بما قبله (لانه) اى لان الزوج

لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره ، إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ، ثم الواقع بها بائن ، لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك في البائن ولا يكون ثلاثاً وإن نوى الزوج ذلك ، لأن الاختيار لا يتنوع ، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع. قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها ، حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل ، لأنه

(لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ) اى بقوله – اختارى – (فلا يملك التفويض إلى غيره) لان من لا يملك الشيء كيف يتصرف فيه .

(إلا انا استحسناه) اى قلنا بالاستحسان (لاجماع الصحابة) رضي الله تعالى عنهم (ولانه) اى ولان الزوج (بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها) اى للزوج التصرف في امرأته إن شاء يبقيها بحسب ما يريد ، وإن شاء فارقها ولا حجر عليه في ذلك ، فان كان كذلك (ذلك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم) اراد به حكم استدامة النكاح ، وحكم مفارقتها (ثم الواقع بها) اى بلفظ – اختاري – (بائن) اى طلقة بائنة (لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها) اى بثبوت اختصاص المرأة نفسها (وذلك) اى ثبوت الاختصاص (في البائن) اى في وقوع الطلقة الواحدة البائن .

(ولا يكون) اى الواقع بلفظ اختاري (ثلاثاً) اى ثلاث طلقات (وإن نوى الزوج ذلك) اى الثلاث (لان الاختيار لا يتنوع) وفيه نظر ، لانه الادنى والاعلى كما قال زيد بن ثابت ، وقد مر عن قريب (بخلاف الابانة ، لان البينونة قد تتنوع) إلى غليظة وخفيفة .

(قال) اى القدورى (ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها ، حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت فهو باطل) يعني لا يقع شيء (لانه) اى لان وقوع الطلاق بلفظ

عرف بالإجماع ، وهو في المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ولا تعيين مع الإبهام ولو قال لهـــا اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة ، لأن كلامه مفسر ، وكلاهما خرج جواباً له فيتضمن اعادته .

الاختيار (بإجماع الصحابة) رضي الله تعالى عنهم (في المفسرة من أحد الجانبين) من الزوج والمرأة لا في اللفظة المبهمة من الجانبين جميعاً (ولان المبهم) وهو قولهـــا اخترت (لا يصلح تفسيراً للمبهم) وهو قوله — اختارى — لان كل واحد منها مبهم ليس فيه ذكر النفس (ولا تعيين مع الابهام) اى لا يتعين الطلاق مع وجود الابهام في الجانبين ، والكلام الذى يقوم مقام النفس كالتطليقة ، والاختيار كذكر النفس .

وفي المحيط ولا بد من ذكر النفس والتطليقة ، والاختيار في أحـــد الكلامين ، لان الاختيار يحتمل المعاني فلا بد له من تفسير وهو ذكر لنفسه او ما يدل عليها . وعند مالك والشافعي وأحمد ، وذكر النفس ليس بشرط ، واما عند مالك فأى الكلام صدر منه مع النية يقع به الطلاق وإن لم يشعر به . واما عند الشافعي وأحمد فلا بـــد ان يكون في كلامه او جوابها يصرف الكلام اليه عند عدم ذكر النفس ، ولو قال اختارى فقالـــت فعلت لا يقع شيء ، ولو قال اختارى نفسك فقالت فعلت يقع ، ومثله في البدائع ، وزاد تكرار الاختيار في كلام الزوج ، وكذا لو قال اختارى فقالت أبي وأمـــي أو اهلي ، والاوزاج يقع استحسانا .

وفي جوامـــع الفقه بخلاف اخترت اختي او عمتي أو قالت اخترت نفسي وزوجي فالعبرة للسابق . وإن قالت او زوجي او عمي بطل . ولو قـــال لها اختاري فقالـــت طلقت نفسي تقـــع بائنة . وفي البدائع قال لها اختاري فقالت اخترت الطلاق يقع واحدة رجعية .

(ولو قال لها اختاري نفسك فقالت قد اخترت يقع واحدة بائنة ، لأن كلامه مفسر ، وكلاهما خرج جواباً له) اي لكلام الزوج (فيتضمن إعادته) أي يتضمن كلام المـــرأة

وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت، لأن الهاء في الاختيارة تنبيء عن الاتحاد، والإنفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسراً من جانبه. ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج، لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه.

إعادة كلام الزوج، لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال (وكذا) اي وكذا تقع واحدة بائنة.

(ولو قال) لامرأته (اختاري اختيارة فقالت قد اخترت، لأن الهاء) اي الهاء سماها لتصورها بصورة الهاء، ولكونها عند الوقف (في الإختيارة تنبيء عن الإتحاد والإنفراد) أما الإتحاد فإنما يكون في اختيارها (واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة) بأن قال لها اختاري نفسك بتطليقة (ويتعدد أخرى) بأن قال لها اختاري نفسك ماشئت او بثلاث، وأما الإنفراد فلكونها للمرأة (فصار مفسراً من جانبه) بخلاف خيارها الزوج، فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إيقاع النكاح وهو غير متعدد.

وادعى الأترازي أن في كلام المصنف تناقضاً، لأنه ذكر قبل هذا بقوله – لأن الإختيار لا يتنوع – وها هنا يشعر كلامه بأنه يتنوع، وأجاب بعضهم بأن لا تناقض، لأن الإختيار هنا غير الإختيار ثمة، لأن الإختيار هنا اختيارها نفسها، وثمة يجوز أن يكون اختيارها زوجها، وحط الأترازي على هذا المجيب بأنه لأن الإختيار في الموضعين هو اختيارها نفسها، فالتناقض باق، والمساق لهذا المجيب أن يقول مراده في اختياره الذى لا يتنوع مطلق الإختيار، وأما المقيد من أحد الجانبين فيتعدد.

(ولو قال لها اختاري، فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج، لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج) اي الذي نواه الزوج وهو الطلاق (من محتملات كلامه) اي كلام الزوج، لأن كلامه وهو قوله – اختاري – يحتمل الطلاق بأن يكون مراده النفس.

ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق ، والقياس أن لا تطلق ، لأن هذا مجرد وعد ويحتمله ، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي . وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها ، فإنها قالت لا بل اختار الله ورسوله ، واعتبره النبي عليه السلام جواباً منها ولأن هذه الصيغة حقيقة في في الحال ، وتجوز في الاستقبال

(ولو قال لها اختارى فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق ، والقياس أن لا تطلق ،لأن هذا) اي قول المرأة أختار نفسي (مجرد وعد) إن كان مرادها بهذا الإستقبال (او يحتمله) اي او يحتمل الوعد ، لأن الصيغة مشتركة بين الحال والإستقبال، ولا يقع الطلاق بالوعد والإحتمال (فصار هذا كما إذا قال لها طلقي نفسك ، فقالت أنا أطلق نفسي) اي فلا يقع الطلاق قياساً واستحساناً ، وبه قال الشافعي إلا إذا قال أردت إنشاء الطلاق ، فحينئذ يقع .

(وجه الإستحسان حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، فإنها قالت لا بل اختار الله ورسوله ، واعتبره رسول الله ﷺ جواباً منها) هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم عن ابن شهاب عن بي سلمة عن عائشة قالت لما أمر رسول الله ﷺ بتخيير أزواجه بداني فقال إني ذاكراً لك أمراً فلا تملكين ان تجعلني حتى تستأمرى أبويك ، وقد علم أن أبواى يأمراني بفراقه ، قال إن الله تعالى قال ﴿ يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة﴾ إلى قوله ﴿ أجراً عظيماً ﴾ ٢٨ الأحزاب ، فقلت ففي هذا استأمر أبواى ، فإني أريد رسول الله ﷺ والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج رسول الله ﷺ مثل الذى فعلت . وفي لفظ لمسلم بل اختار الله ورسوله . وروى الأئمة الستة في كتبهم عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، فلم يعده علينا شيئاً . وفي لفظ لها فلم يعد ذلك طلاقاً .

(ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال ، ويجوز في الاستقبال) قال الاترازي فيه نظر ،

كما في كلمة الشهادة وفي أداء الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال ، لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة ، ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي ، لأنه حكاية عن حالة قائمة ، وهو اختيارها نفسها ،

لان اهل اللغة قالوا ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال ، وكلامهم فيمايتعلق بالوضع والمشترك يدل على المعنيين جميعاً بسبيل الحقيقة ، لكن يترجح أحد المعنيين بالدليل ، وقد دل على إرادة الحال فيما نحن فيه انتهى . قلت إطلاق النظر فيه غير مسلم، لان فيه خلافاً ، منهم من قال مثل قول المصنف ، ومنهم من قال بالعكس ، ومنهم من قال بالاشتراك ، وهو قول مرجوع ، لان اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز ، فالمجاز أولى ، لان الاشتراك مخل بالفهم ، ومعنى قول المصنف رحمه الله تعالى حقيقة في الحال يعني بحسب استعمال الشرع والعرف ، يقال فلان يختار كذا ، وأنا أختار كذا ، ويقال أنا أملك كذا من العبيد وغيرها ، والمراد الحال ، وأشار إلى ذلك بقوله :

(كما في كلمة الشهادة ، وفي أداء الشهادة) أي يدل على الحال لفظ أشهد في كلمة الشهادة ، وفي اداء الشهادة فإن لفظ شهد فيها يدلان على الحال شرعا ، فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد ان محمداً عبده ورسوله ، يعتبر ذلك منه إيمانا ، لا وعداً بالإيمان . وكذا الشهادة اذا قال شهد بكذا فلا يعاد الى المجاز (بخلاف قولها) أي قول المرأة (أنا اطلق نفسي) في الجواب عن قول الزوج اختاري (لانه تعذر حمله على الحال) لان الطلاق ليس من عمل القلب ، بل ايجاب وايقاع بنفس هذه الصيغة لانه اخبار عن معنى ثابت ، وهو قوله (لانه ليس حكاية عن حالة قائمة) أي ثابتة ، لان الطلاق يتعلق بالصيغة لا بالقلب ، كما ذكرنا ، ولهذا لو أراد الطلاق في قلبه لا تطلق .

(ولا كذلك)أطلق نفسي مثل(قولها أنا أختار نفسي) اي ليس مثل قولها أطلق نفسي مثل قولها أنا أختار نفسي ، لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيار نفسها ، لأن الإختيار من عمل القلب ، فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم .

ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الأولى والوسطى والأخيرة طلقت ثلاثاً في قول أبي حنيفة « رح » ولا يحتـــاج إلى نية الزوج. وقالا تطلق واحدة ، وإنما لا يحتاج إلى نيـة الزوج لدلالة التكرار عليه ، إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهمـــا أن ذكر الأولى وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب ، ولكن يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد

(ولو قال لها اختاري اختاري اختاري ، وقالت قد اخترت الأولى او الوسطى والأخيرة طلقت ثلاثاً في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ولا يحتاج إلى نية الزوج) ولا إلى ذكر النفس (وقالا) اى أبي يوسف ومحمد وبه قال الشافعي (تطلق واحدة) اى طلقة واحدة (وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه) اى على الطلاق (إذ الإختيار في حق الطلاق ، وهو الذى يتكرر) دون اختيار الزوج .

(لهما) اى لابي يوسف ومحمد (أن ذكر الأولى وما يجرى مجراه) أراد به الوسطـــى والأخير والضمير في مجراه رجع إلى ذكر الأولى (وإن كان لا يفيد من حيـث الترتيب يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد) اي في الإفراد فيبقى الافراد ، فكأنهـــا قالت اخترت التطليقة الأولى ، لأن معنى قولها اخترت اخترت ما صار إلى بالكلمـة الاولى ، والذي صار إليها بالكلمة الاولى تطليقة ، فكأنها صرحت بذلك ، وفي ذلك يقع واحدة ، فكذا هنا ، وهذا لان الاولى تأنيث الاول ، وهو اسم لفرد سابق ، والوسطى تأنيـــث الاوسط ، وهو اســـم لفرد تقدم عليه مثلها تأخر ، والاخيرة اسم لفرد لاحق ، فكان لقولها معنيان الفردية والسبق ، فلو بطل معنى السبق الذى يقتضي الترتيب بالاتفاق ، فبقي الفرد ، فصار كقوله اخترت تطليقة الاولى ، فوقعت واحدة.

فإن قلت ينبغي أن يقع هنا شيء ، لانه لا يقع شيء بلفظ اخترت بدون ذكر النفس او ما يقوم مقامها . قلت هذا إذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق ، وهنا ما يدل عليه ، وهو تكرار لفظ الاختيار .

وله أن هذا وصف لغو، لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه، كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب، والإفراد من ضروراته، فإذا تعافى حق الأصل، تعافى حق البناء. ولوقالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعاً، لأنها للمرة، فصارت كما إذا صرحت بها.

(وله) اى ولابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن هذا) إشارة إلى ذكر الاولى والوسطى والاخيرة (وصفاً لغواً) اى وصف لغو (لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان) فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر، وإنما الترتيب في فعل الاعيان، يقال هذا جاء أولاً وهذا جاء آخراً (والكلام في الترتيب) وهو الاول واختاها (والافراد من ضروراته) اى من ضرورات الكلام.

(فإذا لغى[1]) اى الكلام (في حق الاصل) وهو الترتيب (لغى في حق البناء) وهو الافراد، لان الترتيب فيه أصل، بدلالة الاشتقاق. وإذا لغى في حقها بقي قولها اخترت، وهو يصلح جوابا للكل، فيقع الثلاث، قيل فيه نظر من وجهين، أحدهما أنه أطلق الكلام على الاولى والوسطى والاخيرة، وكل مفرد فلا يكون كلاماً، والثاني أن الاولى اسم لفرد سابق، فكان الإفراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه. والجواب عن الاول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة، وإن لم يكن مفيداً، وهذا على ذلك الاصطلاح، ويجوز أن يكون مجازاً من[2] ذكر الكل وإرادة الجزء. وعن الثاني بأن كلا من ذلك صفة، وما ذكر عن ذات باعتبار معنى، فيكون الاولى دالة على الفرد السابق، ومعنى السبق هو المقصود.

(ولو قالت اخترت اختيارة، فهي ثلاث في قولهم جميعاً) يعني لو قالت المرأة اخترت اختيارة في جواب قول الرجل اختارى اختارى اختارى فهي ثلاث طلقات في قول أبي حنيفة وصاحبيه (لانها) اى لان لفظ اختيارة (للمرأة، فصار كما إذا صرحت بها)

---

(١) في المتن تعافى. اه مصححه.

(٢) كلمة غير مقروءة في الاصل وربما هي — باب —. اه مصححه.

ولأن الاختيارة للتأكيد، وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد أولى ، ولو قالت قــد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بملك الرجعة ، لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة ، فكأنها اختارت نفسها بعـد العدة وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة ، فاختارت نفسها فهي واحدة

اى بالمرة بأن قالت اخترت نفسي مرة في جواب قوله اختارى ثلاث مرات ، فكذا إذا ذكرت اللفظ الذى يدل على المرة .

(ولان الاختيارة للتأكيد) لكونه مصدراً (وبدون التأكيد يقع ثلاثا، فمع التأكيد أولى) بأن يقع الثلاث (وكما لو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهـــي واحدة) اى فهي طلقة واحدة (تملك الرجعة ، لان هذا اللفظ يوجـب الإنطلاق) اى البينونة (بعد انقضاء العدة) لكونه من ألفاظ الصريح ، وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعياً .

فإن قيل إذا لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض ، لان المفوض إليها الإختيار ، وهو يفيد البينونة .

أشار إلى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقاً من حيث أن الإختيار وجد منها ، قيل قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب ، لان المرأة إنمـا تتصرف حكماً للتفويض ، والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات ، فتملك الإبانة لا غير ، والاصح أن الرواية فهي واحدة لا يملك الرجعة ، لان روايات المبسوط والجامـع الكبير ، والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير ، هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام ، فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب . قلت فعلى هذا ينبغـــي أن يكون المذكور في الجامع الصغير لصدر الإسلام سهواً أيضاً من الكاتب ، ويمكن أن يحمل على تعدد الرواية ، فيتفق الكل .

(وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة او اختارى تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة

تملك الرجعة،لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة .

فصل في الأمر باليد

وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث ، لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير

تملك الرجعة ، لانه جعل لها الإختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة) قيل لو كان كذلك كان قوله هذا بمنزلة قوله طلقي نفسك ، وقد مر أن قولها اخترت لايصلح جواباً، لقوله طلقي نفسك . وأجيب بأن آخر كلامه لما صار تفسيراً للأول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير ، وقولها اخترت يصلح جواباً له كذا في جامع قاضي خان .

(فصل في الامر باليد)

فصل الامر باليد عن فصل الاختيار ، لان ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين .

(وإذا قال لها أمرك بيدك) وهذه من مسائل الجامع الصغير (ينوى ثلاثاً) أى حال كونه ينوى ثلاث تطليقات قيد بثلاث ، لانه إذا لم ينو ثلاثاً يقع واحدة بائنة عندنا ، ورجعية عند الشافعي وأحمد وعند أبي ليلى ومالك يقع ثلاث ولا يصدق قضاء إذا نوى واحدة ، وكذا الخلاف لو نوى الطلاق فقط ، ولو نوى ثنتين يقع واحدة عندنا خلافاً لمالك والشافعي وأحمد (فقالت قد اخترت) وفي بعض النسخ اخترت بدون لفظ قد (نفسي بواحدة) أى بطلقة واحدة (فهي ثلاث) اى بلا خلاف بين الائمة الاربعة .

(لأن الإختيار) اي قولها اخارت نفسي (يصلح جواباً للأمر باليد) اي لقوله أمرك بيدك (لكونه) اي لكون قوله امرك بيدك (تمليكاً)لأنه مالك لأمرها فيملكها ما هو مملوك له ، فيصح قياساً واستحساناً (كالتخيير) اي كما في قوله لها اختاري تمليك

والواحدة صفة الاختيارة ، فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة ، وبذلك يقع الثلاث . ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة ، واخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة ، لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف ، وهو في الأولى الاختيارة ، وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة ، لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع ،

لها (والواحدة) اي الواحدة التي في قولها اخترت نفسي بواحدة ، وهو مبتدأ ، وهو قوله (صفة الإختيارة) خبره ، اي صفة الاختيارة المقدرة ، لأن الواحدة صفة فلا بد لها من موصوف ، وهو لفظ الاختيارة ، والتقدير اخترت نفسي باختيارة واحدة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة ، وبذلك) اي بقوله مرة واحدة (يقع الثلاث) لأنها إنما تصير مختارة بمرة واحدة ، وإذا وقع الثلاث ويجيء مزيد الكلام فيه .

(ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة واخترت) اي او قالت اخترت (نفسي تطليقة فهي واحدة بائنة) وهاتان المسألتان جوابها واحد ، ثم علل ما ذكره من المسائل بقوله (لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف ، وهو) اي المصدر المحذوف (في الأولى) أي في الصورة الأولى أو في المسألة الأولى ، وهو قولها اخترت نفسي بواحدة ، أي باختيارة واحدة (الاختيارة ، وفي الثانية التطليقة) هو قولها قد طلقت نفسي بواحدة ، أي بتطليقة واحدة (إلا أنها) أى إلا أن التطليقة الواحدة (بائنة ، لأن التفويض في البائن) أى لأن التفويض كائن في البائن ، فقوله في البائن خبر أن (ضرورة ملكها أمرها) أى لضرورة أنه ملكها أمرها ، فإن تمليكه إياها أمرها يقتضي البينونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية .

(وكلامها) أى وكلام المرأة (خرج جواباً له) أى للتفويض أو الكلام الزوج (فتصير الصفة المذكورة في التفويض) يعني البينونة في التفويض (مذكورة في الإيقاع) أى في

وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك ، لانـــه يحتمل العموم والخصوص ، ونيـة الثلاث نيـة التعميم ، بخلاف قوله اختــاري ، لانه يحتمل العموم ، وقد حققناه من قبل . ولو قال لهـــا أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل ، وإن ردت الامر في يومهـا بطل أمر ذلك اليوم وكان بيدها أمر بعد غد لأنه صرح بذكر الوقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل ، فكانا أمرين ، فبرد أحدهما لا يعتد للآخر .

إيقاع المرأة ، لكون كلامها مطابقاً لكلامه (وإنما تصح نية الثلاث) أشار به إلى الفرق بين الأمر باليد والإختيار ، حيث يصح في الأول نية الثلاث ، ولا يصح في الثاني ، فقال إنما تصح نية الثلاث (في قوله أمرك بيدك ، لأنه) أي لأن أمرك بيدك (يحتمل العموم والخصوص) فالعموم في الثلاث ، والخصوص في الواحدة ، لأن الأمر اسم عام يصلح إسماً لكل فعل ، فإذا سوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك ، والطلاق مصـــدر يحتمل العموم والخصوص .

(فتكون نية الثلاث نية التعميم ، بخلاف قوله اختاري ، لانه يحتمل العموم) لان الاختيار هو الخصوص ، وإنه لا يتنوع ، وقد مر فيما مضى ، أشار إليه بقوله (وقـــد حققناه من قبل) أشار به إلى ما ذكره في فصل الاختيار ، بقوله إذ الاختيار لا يتنوع .

(ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختـــارت في الليل لا يقع شيء (ولو ردت الأمر في يومها يبطل أمر ذلك اليوم ، وكان الأمر في يدها بعد الغد ، لأنه صرح بذكر الوقتين) يعني اليوم وبعد غد (بينهما وقت من جنسها) يعني الغد (لم يتناوله الأمر) فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق (إذ ذكر اليوم بعبـــارة الفرد لا يتناول الليل) هذا دليل قوله لم يدخـــل فيه الليل ، وفيه تلبيس ، وإن كان ظاهراً (فكانا أمرين) أي فكان الوقتان اللذان بينهما وقت فاصل أمرين (فبرد أحدهما لا يرتد الآخر) يعني إذا ارتد الامر في اليوم لا يكون ذلك رداً فيما بعد .

وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت ، والامر باليد يحتمله فيوقت الأمر بالاول ، ويجعل الثاني أمراً لمبتدأ . ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك ، وإن ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد ، لان هذا أمر واحد ، لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد هجم الليل

(وقال زفر هما) يعني الامر الذى بيدها اليوم ، والامر الذى بيدها غداً (امر واحد) لانها إذا ردت الامر في اليوم لا يبقى الامر بعدها في الغد أيضاً ، وذلك (بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد) تكون طلقة واحدة لاثنتين ، لكون أحدهما معطوفاً على الآخر من غير تكرار لفظ الامر .

(قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت) فكان الطلاق اليوم طلاقاً غداً وبعد غد وغيره (والامر باليد يحتمله) أى يحتمل التأقيت (فيتوقف الامر بالاول) أى لكون الامر موقتاً بالوقت الاول ، وهو اليوم ، حتى يخرج ذلك بمجيء الليل (ويجعل الثاني) اى الوقت الثاني وهو قوله وبعد غد (أمراً لمبتدأ) أى أمر آخر ابتداء . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الصغير الكبير ، ذكر ابراهيم بن رستم أنه لو قال أنت طالق اليوم وغداً طلقت واحدة . ولو قال أنت طالق اليوم وبعد غد طلقت طلاقين ، فعلى هذه الرواية لا يصح قياس زفر مسألة الامر باليد على مسألة الطلاق .

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل) لان الليل المتوسط يدخل تحت الامر (وإن ردت الامر في يومها لا يبقي الامر في يدها في الغد ، لان هذا أمر واحد ، لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين)وهذا اليوم والغد (وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل) اى يدخل من قولك زحمت على القوم للمجلس ، وكون الغد قريباً إذا دخلت عليهم هذا لبيان الليل المتخلل بين اليوم والغد لا يكون قاطعاً للمجلس ، وكون الغد قريباً من اليوم حيث لم يدخل بينهما زمان قاطع ، فلم يجعلها كما لو قتل ، فكان الغد

ومجلس المشورة لا ينقطع ، فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين . وعن أبي حنيفة « رح » انها إذا ردت الامر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً ، لانها لاتملك رد الأمر كما لاتملك رد الإيقاع . وجه الظاهر انها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها برد الامر ، لان المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما . وعن أبي يوسف « رح » انه إذا قال أمرك بيدك اليوم ، وأمرك بيدك غداً انهما أمران لما انه ذكر لكل وقت خبراً على حدة ،

ملحقاً باليوم ، لان الاصل في العطف وقوع الشركة فيها فيما تم به المعطوف عليه من غير أن ينفرد العطف بخبر آخر .

(وبمجلس المشورة لا ينقطع) الواو للحال والمشورة ، بفتح الميم وضم الشين المعجمة المشورى وجاء فيها فتح الميم وسكون الشين (فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين) حيث يدخل الليل فيهما .

(وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى) رواية أبي يوسف عنه في الامالي ، وكذا قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط (أنها إذا ردت الامر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً ، لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع) بيانه أن الزوج لو قال لها طلقتك يقع الطلاق ، ولا تملك المرأة رد الايقاع ، فكذلك لا تملك رد الامر باليد (ووجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها بردالامر) لانها خيرت بين شيئين اختيارها نفسها واختيارها زوجها ، فإذا اختارت نفسها اليوم خرج الاختيار من يدها في الغد (وذلك لان المخير بين شيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما) لانه لا يملكها جميعاً بل يملك أحدهما .

(وعن أبي يوسف انه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً إنهما أمران لما أنه ذكر لكل وقت خبراً) حتى إذا ردت الامر اليوم كان لها أن تختار نفسها غداً ، لانه

بخلاف ما تقدم ، وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل ، فلا خيار لها ، لان الامر مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار ، وقد حققناه من قبل ، فيتوقف بـــه ثم ينقضي بانقضاء وقته ، وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً ولم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر ، لان هـذا

لما ذكر لكل وقت خبر عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر الواحد . وقـــال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة ، وجعل قاضي خان هذه الرواية ، أصـل الرواية ولم يذكر خلاف أحد (بخلاف ما تقدم) أراد به قوله أمرك بيدك اليوم وغـــداً يفي أن التكرار في الاختيار لم يوجد فلم يتجدد الامر .

(ولو قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم يعلم بقدومه حتى جن الليل)اى أظلم ، يقال جن عليه الليل جنوناً ، ويقال واجنه الليل وأجنه بمعنى ، وإجنان الليـــل ادلهامه ، وقال ابن السكيت ، ويروى جنون الليل ، اى سده ما يستره من ظلمته (فلا خيار لها ، لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به) أي بالامر باليد (على بياض النهار) فحينئذ لا يبقى لها الخيار بعد الغروب لانقضاء مدة الامر . وقـال الرافعي إذا قال أنت طالق يوم يقدم فلان ، فقدم ليلا لا تطلق . ومنهم من حكم بوقوعه وحمل اليوم على مطلق الزمان كقولنا ، وإذا لم يعلم بقدومه حتى جن الليل خرج وقت خيارها فـلا يبقى بعده (وقد حققناه من قبل) أي في آخر فصل إضافة الطلاق إلى الزمان(فيتوقف به) أي فيتوقف الامر باليد ببياض النهار (ثم ينقضي بانقضاء وقته) أي ثم ينقضي وقت الامر باليد بانقضاء بياض النهار .

(وإذا جعل أمرها بيدها) يعني إذا قال أمرك بيدك (أو خيرها) أي أو قال لها اختاري نفسك (فمكثت يوماً لم تقم فالامر في يدها) يعني فلها الخيار في المجلس (ما لم تأخذ في عمل آخر) لان الاخذ في عمل آخر دليل الاعراض (لان هذا) أي جعـــل

تمليك التعليق منها ، لان المالك من يتصرف برأي نفسه ، وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس ، وقد بيناه من قبل ، ثم إذا كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك ، وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها أو بلوغ الخبر إليها ، لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه ، بخلاف البيع ، لانه تمليك محض ولا يشوبه التعليق ، وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ،

الامر باليد (تمليك التعليق منها) اى من المرأة ، وليست بإبانة (لان المالك من يتصرف برأى نفسه ، وهي) أى المرأة (بهذه الصفة) أى بتصرف معرفته برأى نفسها (والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل) يعني في فصل الاختيار في قوله التمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع .

(ثم إن كانت تسمع) يعني هذا الذى ذكرنا فيها إذا كانت المرأة حاضرة تسمع (فيعتبر مجلسها ذلك ، وإن كانت غائبة لا تسمع فمجلس علمها) أى فيعتبر حينئذ مجلس علمها (وبلوغ الخبر إليها لان هذا) أى الامر باليد (تمليك فيه معنى التعليق) لانه تعليق بالطلاق باختيارها نفسها (فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه) اى مجلس الزوج حتى إذا قام بعد أن جعل إليها الامر لا يبطل خيارها .

(لأنه) أي لأن التعليق (لازم في حقه) ولهذا ليس له أن يرجع ويفسخ الخيار (بخلاف البيع) حيث يعتبر مجلس البائع والمشتري ، حتى أن أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع (لأنه) أي البيع (تمليك محض لا يشوبه التعليق) وبهذا إذا رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر فله ذلك .

(وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول) إلى مجلس آخر (ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار) وهو قوله ان مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ،

ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانـه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يوماً لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر، لان المجلس قد يطول وقـد يقصر فيبقى إلى أن يوجـد ما يقطعه أو يدل على الإعراض، وقوله مكثت يوماً ليس للتقدير به،

ومجلس القتال غيرهما (ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض ، إذالقيام يفرق الرأي بخلاف ماإذا مكثت يوماً ولم تقم عن مجلسها) أي حال كونها لم تقم عن مجلسها (ولم تأخذ في عمل آخر ، لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فبقي) أي المجلس (إلى أن يوجد ما يقطعه وما يدل على الإعراض) وقطع المجلس بقيامها عنه ، والإعراض يـأخذها في عمل آخر ، سواء كان دينياً أو دنياويـاً ، وكان القياس أن يكون لها الخيار أبداً لإطلاق الأمر ، ولكنه ترك وأخذ بالإستحسان لإجمـاع الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقولهم للمخيرة المجلس .

(وقوله) أي قول الجامع الصغير (مكثت يومـاً ليس للتقدير به) أي ليس لتقدير الخيار باليوم بل المراد منه المكث الدائم ، سواء كان قليلا أو كثيرا ما لم يوجد ما يدل على الإعراض ، وفي المغني للحنابلة الأمر باليد لا يقتصر على المجلس بقول علي رضي الله تعالى عنه حتى الكل ، وقال ابن قدامة لا تعرف له مخالفاً في ذلك ، فيكون إجماعاً ، ولأنه توكيل في الطلاق فيكون على التراخي كما لو جعله في يد أجنبي . قلت دعواه الإجماع غير صحيح، لأن قول جماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم أن لها الخيار ما دامت...فمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وجابر وغيرهم رضي الله تعالى عنهم ومن التابعين ابراهيم ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وطاووس والشعبي ، وأحرز ذلك كله ابن أبي شيبة في مصنفه .

وقال أصحابنا هم إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وعدم علمه مخالفاً لعلي رضي الله تعالى عنه لا يستلزم عدم علم غيره ، لأن إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم إلى خلاف ذلك مع عدم شهرة ما نسب إليه إلى علي رضي الله تعالى عنه ، وقوله انـه توكيل غير

وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل، ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها ، لانه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت ، لان هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضاً كما إذا كانت محتبية فتربعت . قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير ، وذكر في غيره

صحيح ، لأنه تمليك عند الأئمة ، وقوله كما لو جعله في يد أجنبي باطل ، لأنه يقتصر على المجلس في الأجنبي أيضاً ، إلا إذا كان وكيلا عنه .

(وقوله) أي قول محمد رحمه الله تعالى (ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه) أي قطع المجلس الذي كان المجلس واقعاً فيه ذكر الشيء واللام في لما زائدة ، كما في قوله تعالى ﴿ ردف لكم ﴾ ٧٢ النمل ، أي ردفكم (لا مطلق العمل) أي ليس مراد محمد مطلق العمل، حتى لو لبست ثيابها من غير قيام أو أكلت او شربت أو قرأت قليلا من القرآن أو ما أشبه ذلك ما هو من عمل الفرقة ، فكانت هي على خيارها ، وهذا كما يكون في قوله أمرك بيدك ، يكون في قوله اختاري ، وفي قوله طلقي نفسك .

(ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها ، لأنه دليل الإقبال ، فإن القعود أجمع للرأي) التمكن فيه (و كذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة) أي أو كانت متكئة (فقعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضاً كما إذا كانت محتبية فتربعت) يقال احتبى الرجل إذا جمع ظهره وساقيه بعمامة أو يديه .

(قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (هذا) أي هذا الذي قلنا من كونها على خيارها فيما إذا كانت قاعدة ، فاتكأت (رواية الجامع الصغير) لأن الاتكاءة نوع جلسة ، فكأنها كانت متربعة ، فاحتبأت أو كانت محتبية فتربعت (وذكر في غيره) أي في غير الجامع

انها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لهـــا ، لان الاتكاء إظهار التهاون بالامر ، فكان إعراضاً ، والاول هو الاصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف « رح » ، ولو قالت أدعو أبي استشير أو شهوداً أشهدهم فهي على خيارهـــا ، لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهـــاد للتحرز عن الانكار ، فلا يكون دليل الاعراض وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل

الصغير ، وهي رواية الأصل (انها إذا كانت قاعدة ، فاتكأت لا خيـــارلها ، لأن الاتكـــاءة اظهار التهاون بالأمر ، فكان إعراضاً) وذكـــر المرغيناني لو كانت قاعدة فاتكأت ، قال الحلواني لا يبطل خيارها في ظاهر الرواية . وفي الذخيرة عن أبي يوسف يبطل (والأول هو الأصح) أي رواية الجامع الصغير أصح من رواية غيره .

(ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف) في رواية الحسن بن زياد عنه ، قال لا يبطل خيارها . وفي رواية الحسن بن أبي مالك ويبطل ، وبه قال زفـــر ، وفي المحيط وهو ظاهر الرواية .

(ولو قالت ادعو أبي) أي لو قالت المرأة لخادمها أو لأحـــد ادع ابي ، اى اطلبه (استشير) اي أطلب منه الرأي في أمري (او شهوداً) اي او قـــالت ادع لي شهوداً (اشهدهم فهي على خيارها ، لأن الإستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الجحود والإنكار ، فلا يكون دليل الإعراض) الاشياء دلالة على الإعراض ، لانهـــا من إثبات الاختيار . وفي الذخيرة والمرغيناني إن لم تجد أحداً يدعو لها الشهود فقامت بنفسها ولم تنتقل لتدعو بالشهود ، قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض . وقيل يبطل لتبدل المجلس .

(وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت يبطل

خيارها ، لان سير الدابة ووقوفها مضاف إليها والسفينة بمنزلة البيت ، لان سيرها غير مضاف إلى راكبها ، ألا ترى انه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له ،

خيارها ، لان سير الدابة ووقوفها مضاف إليها) لانها تجري حسب سوق الراكب ومسيرها دليل الإعراض . وإذا قادها الجمال وهما فيه لا يبطل ، ولا يبطل بالنزول عن الدابة ، بخلاف القعود عن القيام ، وكذا لو قامت قائمة فركبت أو راكب فانتقلت إلى دابة أخرى بطل ، ولو أخبرت بالسفينة ينبغي أن تقول اخترتها (والسفينة بمنزلةالبيت) يعني انها إذا سارت لا يبطل خيارها (لان سيرها غير مضاف إلى راكبها ، الا ترى انه لا يقدر على إيقافها ، وراكب الدابة يقدر) لان السفينة لا يجريها راكبها ، بل تجري براكبها ، قال الله تعالى ﴿ وهي تجري بهم في موج كالجبال ﴾ ٤٢ هود ، فلم يدل على إعراض المرأة ، ولكن كلما يبطل في البيت يبطل الخيار في السفينة ، سواء كان عمل الدنيا أو عمل الدين .

(فصل في المشيئة)

اي هذا فصل في بيان المشيئة ، قال الجوهري الإرادة ، قال ابن الاثير المشيئةمهموزة الارادة ، وقد شئت المشيئة إشاءة ، ويقال المشيئة مصدر كالمسير والمجيء ، قلت مصدر في الاصل ، ولكنه استعمل استعمال الاسم ، وهو اسم للوجود ، وعند أهل السنةوالفرق بين المشيئة والإرادة ان المشيئة عامة ، والإرادة ليست كذلك ، حتى لو قال الزوج شئت طلاقك ونوى يقع ، بخلاف قوله اردت طلاقك فلا يقع ، ولو نواه لانه لا ينبئ عن الوجود .

(ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له) اي والحال انه لا ينوي الطلاق

أو نوى واحـــدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لأن قوله طلقي، معناه أفعلي فعـــل الطلاق ، وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال الكل ، كسائر أسماء الأجناس ، فلهذا تعمل فيه نية الثلاث ، وينصرف إلى الواحدة عند عدمها ، وتكون الواحدة رجعية ، لان المفوض إليها صريح الطلاق ،

(أونوى واحدة فقالت طلقت نفسي ،فهي واحدة رجعية ، وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك) اي والحال ان الزوج اراد الثلاث (وقعن عليها) اى وقعت الثلاث على المرأة ، سواء طلقت نفسها ثلاثاً جملة او متفرقة ، ولو نوى ثنتين لا يصح ،وفيهخلاف الشافعي ومالك وأحمد ، وعن الظاهرية لا يجـــوز إيقاعها ، وتوكيل غيره بالطلاق ولا إضافة الطلاق إلى الزمان المستقبل . وقال الاكمل ترجم الفعل بالمشيئة وكان الابتداء فيه بمسألة فيما ذكر المشيئة أولى .

وقال الاترازي النظر إلى المشيئة ليس من المسألة التي ابتدأها ذكر المشيئة ، ثم أجاب بقوله المشيئة ، وإن كانت غير مذكورة لفظاً مذكورة معنى ، لأن قولـــه طلقي نفسك تفويض الطلاق إليها بمشيئتها واختيارها ، ولهـذا يقتصر على المجلس ، انتهى . قلت فيه بعد جداً ، والفقهاء لا يراعون هذه الأشياء ، لأن مقصودهم بيان المسائل بالدلائل مع قطع النظر عن التركيب الوضعي .

(وهذا) أي وقوع الواحـدة في المسألة الأولى والثلاث في المسألة الثانية (لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق ، وهو) أي التطليق (اسم جنس) لانـه مصدر يحتمل أدنى الجنس وكله (فيقع الآخر) وهو الواحدة (مع احتمال الكل كسائر أسماء الجنس ، ولهذا) أي ولأجـــل ان التطليق اسم جنس (تعمل فيه) أي في قوله طلقي (نيـــة الثلاث) لأنـــه يحتمل ويقع بالنية (وينصرف إلى الواحدة) اي الطلقة الواحدة (عند عدمها) أي عند عدم النية (وتكون الواحدة رجعية ، لان المفوض إليها صريح الطلاق،

وهو رجعي ، ولو نوى الثنتين لا يصح ، لانه نيـــة العدد إلا إذا كانت المنكوحة أمة ، لانه جنس في حقها ، وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ، ولو قالت قـــد اخترت نفسي لم تطلق، لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوي به الطلاق ، وقالت أبنت نفسي فقال الزوج أجزت ذلـــك بانت فكانت موافقـــة للتفويض في الاصل إلا أنها زادت فيه وصفاً ، وهو تعجيل الإبانة فيلغو

وهـــو رجعي) وصريح الطلاق يعقب الرجعة .

(ولو نوى الثنتين لا يصح) وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد يصح (لأنه نية العدد) أى لان ما نواه نية العدد والثنتان غير عدد ، لان العدد ماله كل شيئان (إلا إذا كانت الزوجة أمة) اى إلا إذا كانت امرأته أمة (لانه) اي لان الثنتين ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور والتقدير ، لان لفظ الثنتين (جنس في حقها) أى في حق الامة لقولـــه عليه السلام طلاق الامة ثنتين .

(وإن قال لها طلقي نفسك، فقالت ابنت نفسي طلقت) أي رجعية لان المفوض رجعي وقد أتت بزيادة وصف وهو البينونة ، فيلغو ذلك (ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق، لان الإبانة من ألفاظ الطلاق) فصلحت جواباً لقول الرجل طلقي نفسك ، بخلاف ما إذا قالت اخترت نفسي ، لان الإختيار ليس من ألفاظ الطلاق .

(ألا ترى) أشار به إلى إيضاح الفرق بين المسألتين (انه) أي ان الزوج (لو قال) اى لامرأته (ابنتك ينوى به الطلاق ، او قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت) أي بانت المرأة بتطليقة بائنة (فكانت مـــوافقة للتفويض في الاصل) اى كانت المرأة موافقة لتفويض الرجل بقولها أبنت نفسي في أصل الطلاق دون وصفه ، وهـــو البينونة فيثبت الاصل بموافقتها ، ويلغو الاصل لمخالفتها ، وهو معنى قوله (إلا أنها زادت فيه) أي في التفويض ، ويجوز ان يقال في الجواب (وصفاً ، وهو تعجيل الابانـــة فيلغو

الوصف الزائد وثبت الأصل كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي أن يقـــع تطليقة رجعية ، بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنـــه لو قال لامرأته اخترتك ، أو اختـاري ينوي الطلاق لم يقـع ، ولو قالت ابتـداء اخترت نفسي فقال الزوج أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقاً بالاجماع إذا حصـــل جواباً للتخيير ، وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو ، وعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يقع شيء بقولها أبنت

الوصف الزائد) وهو البينونة (ويثبت الاصل) وهو وقوع الطلاق الرجعي .

(كما إذا قالت) في جواب طلقي نفسك (طلقت نفسي تطليقة بائنة) فإنها زادت وصفاً فيلغو الوصف ويثبت الاصل (وينبغي ان تقع تطليقة رجعية) يعني في قولهاأبنت نفسي في جواب قول الرجل طلقي نفسك ، وإنما قال بلفظ ينبغي لان هـذه المسألة من خواص الجامع الصغير ، ومحمد لم ينص فيه على الرجعي ، بل قال هي طالق ، ولفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يقول لامرأته طلقي نفسك ، فتقول أبنت نفسي ، قال هي طالق .

(بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من ألفاظ الطلاق (لانه) أى لان لفظ معنى الإختيار (ليس من ألفاظ الطلاق) ثم أوضح ذلك بقوله (الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختارى نوى الطلاق لم يقع ، ولو قالت ابتداء) اى من اول الامـر (اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء) لانه ليس من ألفاظ الطلاق (إلا انه عرف طلاقاً) استثناء من قوله بخلاف الاختيار ،لانه ليس من ألفاظ الطلاق والاستثناء منقطع بمعنى لكن (بالإجماع) اى بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم كما مر بيانه (إذا حصل جواباً للتخيير) بأن يقول اختارى ، فتقول هي اخترت نفسي .

(وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير) بأن تقول اختارى (فيلغو) ولا يصلح قولهـــا اخترت جواباً له (وعن ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه انـــه لا يقع شيء بقولها ابنت

نفسي ، لأنهـــا أتت بغير ما فوض إليها ، إذ الإبانة تغاير الطلاق ، وإن قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه ، لأن فيـه معنى اليمـين ، لانه تعليق الطلاق بتطليقها ، واليمـين تصرف لازم. ولو قامت عن مجلسها بطل ، لانه تمليك ، بخلاف ما إذا قال لهـا طلقي ضرتك ، لانه توكيل وإبانة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع. وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلهـا أن تطلق نفسها في المجلس وبعده ، لان كلمة متى عامة في الأوقات كلها ،

نفسى ، لانها اتت بغير ما فوض الزوج إليها إذ الابانة تغاير الطلاق) لانها تحصل بدون الطلاق ، فيكون مغايراً له ، فما أتت بما فرض إليها ، وكذا في سائر ألفاظ الكنايات ، وبه قال ابن جيران من أصحاب الشافعى .

(وإن قال لها طلقى نفسك فليس له أن يرجع عنه) اذا طلقت نفسها بعد اذنها يقع الطلاق ، وبه قال مالك وابن جيران من أصحاب الشافعى ، وعند الشافعى وأحمد يملك الرجوع ، لان فيه معنى التوكيل والتمليك ، وباعتبار التوكيل صح الرجوع كما في سائر التوكيلات ، وباعتبار التمليك يصح الرجوع قبل القبول كما في سائـر التمليكات (لان فيه) أى في قوله طلقى نفسك (معنى اليمين ، لانه تعليق الطلاق بتطليقهـا) فيكون يميناً ، لان الطلاق مما يحلف ، وفي كل تعليق بمعنى اليمين لما فيه من المنع والحمل (واليمين تصرف لازم) لا يقع الرجوع بإجماع الصحابة ، لان اليمين يعقد للزجر والحل على وجـه التأكيد ، فلو طلبت الرجوع ما أفادت فائدتها .

(ولو قامت عن مجلسها بطل) اى قوله طلقى نفسك (لانه تمليك) لانها تتصرف لنفسها لا لغيرها ، فيقتصر على المجلس (بخلاف ما إذا قال لها طلقى ضرتك ، لانه توكيل وابانة ، فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) لان فيه نوع سند على الموكل ، وفي ذلك ضرر عليه ، فيجوز دفع ذلك الضرر عن نفسه بالرجوع .

(وان قال لها طلقى نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده) أى بعد المجلس ، ولا خلاف للأئمة الاربعة فيه (لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها) فلايملك

فصار كما إذا قال في أي وقت شئت ، وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع ، لانه توكيل وانه استعانة فـلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ، بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك ، لأنها عاملة لنفسها ، فكان تمليكاً لا توكيلاً .
ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة ، وليس للزوج

الرجوع ، خلافاً للشافعي وأحمد (فصار كما اذا قال في اى وقت شئت) اى فصار هذا كما اذا قال لها طلقى نفسك في أى وقت شئت ، فيعم . وقال الاترازى هذه من مسائل القدورى رحمه الله تعالى لفظه بعينه ، إلا انها وقعت مكررة في الهداية ، لان صاحب الهداية ، ذكرها بعد هذ؛ قريباً من ورقة عند قوله اذا قال لها أنت طالق إذا شئت ، وذكر ثمة وضع الجامع الصغير ، وذكر هنا وضع القدورى كان ينبغى ان يذكرها في موضع ، ما هنا ، واما ثمة .

فإن قال القائل التمليك في هذه الصورة موجود أولا ، فإن كان الثاني لا يقدر على الطلاق ، وليس كذلك ، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التملك. وأجيب بأن الاقتصار على المجلس من أحكامها التمليك ، وقد يتأخر المانع كما في شرط الإختيار ، وهي تطليقة تخصص العلة وموضعه الأصول .

(وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع ، لانه توكيل واستعانة ، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس) أما جواز التطليق للوكيل فلانه أقامه مقام نفسه ، وأما جواز ذلك بدون قيد المجلس ، فلان الوكيل أجنبي وقد يقدر على أن يعين الوكيل في المجلس ، وقد لا يقدر فلم يقتصر على المجلس ، وأما جواز رجوعه عن ذلك فظاهر من كلام المصنف (بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك ، لانها عاملة لنفسها ، فكان تمليكاً لا توكيلا) فليس له الرجوع عن قوله .

(ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة ، وليس للزوج

أن يرجع. وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء، لان التصريح بالمشيئة كعدمه، لانه يتصرف عن مشيئته، فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت. ولنا أنه تمليك، لانه علقه بالمشيئة، والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، والطلاق يحتمل التعليق، بخلاف البيع، لانه لا يحتمله. ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة، لانها ملكت

الرجوع. وقال زفر هذا) اى هذا الحكم (والاول) اى القول الاول، وهو قوله لاجنبي طلق امرأتي بدون ذكر مشيئة (سواء) في الحكم، وبه قال أصحاب الشافعي (لان التصريح بالمشيئة كعدمه) لانها لغو (لانه) اى لان الرجل الذى قال له طلق امرأتي إن شئت (يتصرف عن مشيئته) لا محالة (فصارت) اى حكم هذا (كالوكيل بالبيع) يعني إذا وكل رجلا يبيع شيء (اذا قيل له) يعني إذا قال له (بعه إن شئت) يكون توكيلا لا تمليكاً، ولا يخرج كلامه ذكر المسألة عن التوكيل فكذا هذا.

(ولنا أنه) أي قول الزوج للرجل (تمليك، لانه علقه بالمشيئة، والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته، والطلاق يحتمل التعليق) على وجه الشرط يصح ذكر المشيئة، ويعتبر لازماً (بخلاف البيع) اي بخلاف التوكيل بالبيع، لأنه ذكر المشيئة على وجه الشرط فلا يمشي (لأنه) اي لأن البيع (لا يحتمله) اي لا يحتمل الشرط، يعني ليس من مقتضيات البيع فلا يصح ذكر المشيئة، وبدون ذكر المشيئة لا يصير لازماً، وبقولنا قال الثوري والليث. وقيل الوكيل يتصرف عن مشيئته واختياره. قلنا نشأ ذلك الإختيار عن عدم نفاذ الأمر عليه، لعدم الأولوية لا من الصيغة، لأن الصيغة مذمة إذا صدرت من ذي ولاية، فمتى قال لأجنبي إن شئت فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحاً، وأثبت خاصية المالكيه، فكان هذا الكلام تمليكاً لا إلزاماً.

(ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة) بالإتفاق، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك لا يقع شيء، لأنها أتت بغير ما فوض إليها (لأنها ملكت

إيقاع الثلاث ، فتملك إيقاع الواحدة ضرورة . ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء ، عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يقع واحدة ، لأنها أتت بما ملكته وزيادة . فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً . ولأبي حنيفة « رح » أنها أتت بغير ما فوض إليها ، فكانت مبتدأة ، وهذا لان الزوج ملكها الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع ، والواحد فرد لا تركيب فيه ، فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة ،

إيقاع الثلاث) أي ثلاث تطليقات بمقتضى كلامه (فتملك إيقاع الواحدة ضرورة) لأن من يملك الكل يملك أجزاءه .

(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها **ثلاثاً** لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) وبه قال زفر ومالك (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (يقع واحدة) وبه قال الشافعي وأحمد (لأنها) اي لأن المرأة (اتت بما ملكته وزيادة) عطفاً علىقوله ـ بما ـ وهذا لأن الواحدة موجودة في الثلاث ، فصارت كما إذا قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة . وكما إذا قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها ، أو قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه وصاحبه . وكذا لو قال لأجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد آخر ، فالذي فوض إليها يقع ، وما زاد على ذلك لغو .

(فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً) فإن الثلاث الذي يفوض إليها شرعاً يقع ، والثاني لغو لأنه لا يملكه شرعاً (وعن ابي حنيفة انها أتت بغير ما فوض إليها ، فكانت مبتدأة) في كلامها لا مجيبة لكلام الزوج (وهذا) أشار بـه إلى توضيح ذلك بقوله (لأن الزوج ملكها الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع ، والواحد فرد لا تركيب فيه ، فكانت بينهما) أي بين الواحدة والثلاث (مغايرة على سبيل المضادة) لأن الواحدة ليست بمركبة ، والثلاث مركب من الآحاد ، والثلاث عدد ، والواحدة ليس

بخلاف الزوج ، لانه يتصرف بحكم الملك ، وكذا هي

بعدد ، بخلاف قولها واحدة وواحدة وواحدة ؟ لأنها بالكلام الأول تكون ممتثلة لما فوض إليها ، وفي الكلام الثاني والثالث مبتدأة ، وكذا لو ردت على نفسها وضرتها .

فإن قيل فكذلك هنا بقولها طلقت نفسى ممتثلة لو اقتصرت عليه ، وتكون مبتدأة بقولها ثلاثاً فتلغو الزيادة . قلنا الطلاق متى قرن بالعدد كان الوقوع بالعدد إلا لم يقع الثلاث على غير الموطوءة بقوله أنت طالق ثلاثاً ، والحال انه يقع ثلاثاً بالإجماع ، وكذا لو ماتت قبل قولها ثلاثاً لا يقع الثلاث .

فإن قيل قد ذكر من المبسوط في اول فصل الأمر باليد ان الزوج إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وهى طلقت نفسها ثلاثاً يقع واحدة عندنا ، خلافاً لابن أبى ليلى ، فعلى ما ذكره ابو حنيفة رحمه الله تعالى ينبغى ان لا يقع شيء ، لأنها أتت بغير ما فوض اليها ، لان الثلاث غير الواحدة . قلنا التفويض لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصاً ، وقد يكون عاماً فإذا نوى فقد نوى تفويضاً خاصاً، وهو غير مخالف الظاهر، فلما وقعت ثلاثا فقد وقعت فيما هو اصل التفويض ، وهو لا يكون أقل من الواحدة ، فتقع الواحدة .

فإن قيل مذهبنا ان الواحدة لا عين العشرة ولا غيرها ، فينبغى ان يقع من حيث انها لا غير الثلاث . قلنا المغايرة بين اسماء الاعداد أصلها ونفسها فوق المغايرة بين ألفاظ العموم والخصوص جرى مجرى المجاز بين العام والخاص ، ولا يجري بين اسماء الاعداد ، لانها بمنزلة الإعلام ، فيقال ستة ضعف ثلاثة بغير تنوين للعلمية والتأنيث ، ولا يجوز اطلاق لفظ الثلاث على غيرها لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز ، فعلم ان المغايرة بينهما ثابتة من كل وجه . وأما قولنا لا غيرها فباعتبار عدم تصور الاكثر منها بدن الأول منه، وهذا الاعتبار لا يقدح ثبوت المغايرة بينهما بحسب العرف والإستعمال ، مع ان الواحد في العشرة الموجودة ، وأما الثلاث ها هنا فمعدوم ، والواحد الموجود غير الثلاث المعدوم لا محالة .

(بخلاف الزوج لان يتصرف بالملك) اي بحكم الملك (وكذا هى) اي المرأة

في المسألة الأولى ، لانها ملكت الثلاث ، أما ها هنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليهـــا فلغا ، وإن أمرها بطلاق تملك الرجعة فطلقت بائنة ، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر بـــه الزوج ، فمعنى الاول أن يقول لهـا الزوج طلقي نفسك واحـدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية، لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ،

(في المسألة الأولى) اي وكذا تصرفت المرأة بحكم الملك في المسألة الأولى، وهي فيا إذا طلقت نفسها واحدة . وقد قال لها طلقي نفسك ثلاثاً (لأنها ملكت الثلاث) فكانت مالكة للواحدة لان الثلاث تدل على الواحدة تضمنا ، بخلاف ما اذا أمرها بالواحدة وقد بانت بالثلاث لان الواحدة لا دلالة لها على الثلاث لا حقيقة ولا مجازاً ، لعدم التضمن والالتزام، فكانت المرأة مخالفة فلم يقع شيء .

(أما ها هنا) اي في قوله طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثـــا (لم تملك الثلاث ، وما أتت بما فوض اليها فلغا) لعدم الموافقة بين قوله وجوابها (وان أمرهـــا بطلاق تملك الرجعة فيه) أي وإن أمر الزوج امرأته بأن تطلق نفسها بطلاق حـــال كونها تملك الرجعة فيه (فطلقت بائنة) اي فطلقت نفسها طلقة بائنة (او امرها بالبائن) اي أو امرها بأن تطلق نفسها طلقة بائنة (فطلقت رجعية) اي طلقت رجعية (وقع ما أمر به الزوج ، فمعنى الأول) وهو قوله بطلاق تملك (ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة ، فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية) بالنصب عطفا على الحال من الضمير الذي وقع ، او من المجرور ، أعني قوله بالصفة ، أي تقع الطلقة بالصفة التي عينها الزوج بائنة . قلت هذا كله تعسف . ولو قال بائنة منصوب على انه صفة الواحـدة لسلم من هذا التعسف تقع رجعية .

(لانها اتت بالاصل) أي بـــأصل الطلاق (وزيادة وصف) اي وأتت ايضا بزيادة وصف ، وهو قولها — بائنة — (كما ذكرنا) عند قوله لانهـــا اتت بما ملكت وزيادة (فيلغو الوصف) وهو البينونة (ويبقى الاصل) اي اصل الطلاق .

ومعنى الثانية أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية لغو منها ، لان الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إلى إيقاع الاصل دون تعيين الوصف ، فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائناً أو رجعياً . وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء ، لان معناه إن شئت الثلاث ، وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط . ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً ، فكذلك عند أبي حنيفة « رح » ،

(ومعنى الثانى) وفي بعض النسخ ومعنى الثانية ، أي المسألة الثانية (ان يقول لها طلقى نفسك واحدة بائنة ، فتقول) بالنصب ايضا عطف على ان تقول (طلقت نفسى واحدة رجعية) تقع بائنة ، لان قولها واحدة رجعية (لغو منها ، لان الزوج لما عين لها صفة المفوض فحاجتها بعد ذلك الى إيقاع الاصل دون تعيين الوصف ،فصار كأنهااقتصرت على الاصل ، فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا) لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف ، وانها اتت بما فوض اليها وخالفت فى الوصف ، فثبت الاصل دون الوصف .

(وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شىء) وبه قال الشافعى ومالك (لان معناه ان شئت الثلاث ، وهى بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث ، فلم يوجد الشرط) لان قوله ان شئت شرط فلا بد له من الجزء ، او لم يذكر بعد فكان جزاءه ما ذكر قبل الشرط ، والمذكور قبل الشرط ثلاث ، فصار كما إذا قال ان شئت الثلاث ، وبإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث ، بل شاءت الواحدة ولم يوجد الشرط ، فلم يقع شىء .

(ولو قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت واحدة فكذلك عندابىحنيفة)

لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها . وقالا يقع واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة ، لما أن إيقاعها إيقاع للواحـــدة فوجد الشرط . ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت ، فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر ، لانه علق طلاقهـــا بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ، وهو اشتغال بما لا يعنيها ، فخرج الامر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق ، لانـــه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائناً [1] طلاقها ، والنية لا تعمل في غير المذكور ،

اي لم يقع شيء وبه قال اصحاب الشافعي (لان مسيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحـــدة كإيقاعها) اي كإيقاع الواحدة فيما لو قال لها طلقي نفسك واحـده فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لما بيناه (وقـــالا يقع واحدة ، لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة ، لمـا ان ايقاعها) اي ايقاع الثلاث (ايقاع للواحدة فوجـــد الشرط) وترتب عليها الجزاء ، وهو وقوع الواحدة .

(ولو قال لهـــا انت طـــالق ان شئت ، فقـــالت شئت [2] نوى الطلاق يبطل الامر) يعني لا يقع الطلاق (لانه علق طلاقها بالمشيئة المـــرسلة) يعنى غير المعلقة بشيء (وهى اتت بالمعلقة) يعني المرأة اتت بالمشيئة المعلقة بمشيئة الزوج (فلم يوجد الشرط وهى) أي المرأة (اشتغلت بما لا يعنيها) بمخالفتها زوجها (فخرج الامر من يدها) لوجود دليل الاعراض (ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق ، لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شاء طلاقها ، والنية لا تعمل في غير المذكـور) لان النية تعمل في الملفوظ لا في غيره ، والطلاق ليس بمذكور الا في قوله شئت ان شئت ، فلا يقع شيئاً .

---

(١) هكذا في الاصل .

(٢) هذا غير ما ورد في المتن ، ا هـ مصححه .

حتى لو قال شئت طلاقك يقـــع إذا نوى ، لأنه إيقاع مبتدأ ، إذ المشيئة تنبىء عن الوجود ، بخلاف قوله أردت طلاقـك ، لأنـه لا ينبىء عن الوجود

(حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى ، لانه ايقاع مبتدأ ، اذ المشيئة تنبىء عن الوجود) لانها مأخوذة من الشيء ، والشيء اسم للوجود ، فكان قوله – شئت – بمعنى أوجدت ، بخلاف الطلاق بإيقاعه (بخلاف قوله أردت طلاقك) لانه ، اي لان لفظ أردت (لا ينبىء عن الوجود) لان معنى الإرادة عبارة عن الطلب ، قـال عليه السلام الحمى زائدة الموت ، اي طالبة . وقال الاكمل فإن قيل ذهب علماؤنا في اصول الدين ان الارادة والمشيئة واحدة ، فـما هذه التفرقة ، فالجواب يجوز ان يكون بينهما تفرقـة بالنسبة الى العباد ، والتسوية بالنسبة الى الله تعالى ، لان ما يطلبه تعالى يوجد كما يوجدما شاء ، بخلاف العباد ، انتهى . قلت هذا الذي ذكره من الفوائد الظهيرية .

وقال الكاكي فإن قيل لان الله تعالى طلب الايمـــان من فرعون وأبى جهل وأمثالهما بالامر ، ولم يوجد منهم وطلب التقوى من جميع المؤمنين ولم يوجد من اكثرهم. قلنا الطلب من الله تعالى على نوعين طلب التكليف ، وطلب لا تعلق له باختيار العبد ، وهو المسمى بالمشيئة والإرادة والوجود من لوازمها ، اذ لـــو لم يكن ملزم العجز ، وهو منزه عنه ، بخلاف العباد . قال شيخي العلامة هذا ما اشير اليه في عامة الكتب في بيان هذه المسألة ، ولكنه مشكل ، لأن ما ذكروه يشير إلى ان الإيجاد هـو المغني الأصلي للمشيئة ، وليس كذلك . فإن المشيئة مفسرة في أكثر كتب اللغة بالإرادة لا بالإيجاد ، ومستعملة في القرآن والحديث ، وفي تراكيب كلام الناس بمعنى الإرادة دون الإيجاد ، قال الله تعالى ﴿ ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء ﴾ ٤٨ النساء ﴿ ويدخل من يشاء في رحمته ﴾ ٧ الشورى . وقـال ﷺ إن شئت ان تقوم فقم ، وإن شئت ان تقعد فاقعد وأطال الكلام .

وملخصه ان القائل يقول شئت طلاقك لا يرى الإيقاع جعل الذي هو بمعنى الوجود مصدراً ، وأخذ منه الفعل ، لأن المشيئة مصدر شاء بمعنى اراد فهذا ، الطريق يحتمل ان يكون المشيء بمعنى الإيجاد ، وشئت بمعنى أوجدت ، فلأن الايجاد محتمل هـذا اللفظ لا

يوجد ، فيحتاج إلى النية ، بخلاف الارادة فإنها لا تحتمل معنى الايجاد فلا يقع به الطلاق وإن نوى ، لأن النية لم تصادف محلا ، كما في قولك هو بت طلاقك وأجبت طلاقك . وفي المبسوط ولو قال لها شائي الطلاق ينوي به الطلاق ، فقالت شئت فهي طـالق ، وإن لم يكن له نية لا تطلق .

ولو قال لها أريدي الطلاق او اهوى الطلاق ، فقالت قد فعلت ، كان باطلاوإن نوى، لأن الارادة من العبد نوع ثمن . فلو قالت ثمنية لا يقع ، وهـــذا لأن المشيئة في صفات المخلوقين ألزم من الارادة والهوى لغة . ألا ترى ان المشيئة لا تذكر مضافة إلى غير العقلاء، وقد تذكر الارادة ، قال الله تعالى ﴿ فوجدا فيها جداراً يريد ان ينقض فـأقامه ﴾ ٧٧ الكهف ، وليس إلى الجدار إرادة ، وفيه تأمل .

قال الاترازي هذا الذي قالوه من الفرق بين الارادة والمشيئة ضعيف ، لأن من أهل اللغة كالجوهري وصاحب الديوان وغيرهما لم يفرقوا بينهما . قـال الجوهري في الصحاح في كتاب الألف المهموز المشيئة هي الإرادة . وقال في باب الدال الارادة هي المشيئة ، وكـــذا قال في الديوان وقد صرح أصحابنا في كتب الكلام ان لا فرق عند أهل السنة بين الارادة والمشيئة وقول شمس الأئمة ان المشيئة لا تذكر مضافـة إلى غير العقلاء فيه نظر ، لأن ابن السكيت أنشد في الاصلاح .

يا مرحباً هجهار عفراء إذا اتى قربة لما شاء من الشعير والحشيش والمـاء

وشرحه ابو محمد بن الحسن بن عبدالله السيرافي الزيرج وهو مشهور عند أهل اللغة واسناد الارادة إلى الحمى مجاز ، وكلامنا في الحقيقة ، ولا نسلم ان المشيئة لا تستعمل في مثل ذلك مجازاً ، وقد فسروا الارادة بتخصيص احد المقدورين بالوجود ، فتكون هي ايضاً مبنية على الوجود ، ثم يقـع الطلاق بقوله شئت طلاقك بالاتفاق ، فينبغي ان يقع بقوله أردت طلاقك أيضاً ، لأنهما مترادفان ، سواء في المعنى ،يؤيده ما ذكره في خلاصة الفتاوى بقوله وقال في المنتقى وفي القياس كل ذلك سواء انتهى . والحاصل ان لا نتبع كلام شمس الأئمـة الذي في الأصل وقد ذكرناه .

وكذا إذا قالت شئت إن شـــاء أبي أو شئت إن كان كذا،الأمر لم يجيء بعد لما ذكرنا أن المأتي به مشيئة معلقة، فلا يقع الطلاق وبطل الأمر، وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قـــد مضى طلقت، لان التعليق بشرط كائن منجـــز. ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى مـــا شئت فردت الأمر لم يكن رداً، ولا يقتصر على المجلس،

(وكذا إذا قالت شئت إذا شاء أبي أو شئت إن كان كـذا الأمر لم يجيء بعد) اي وكذا لا يقع الطلاق ايضاً في هاتين الصورتين، قوله – الأمر لم يجيء بعد – نحو قولها شئت إذا دخل إلى الدار ونحوه (لما ذكرنا ان البائن به مشيئة معلقة) والزوج فوض إليها بمشيئة مرسلة، فبطل الأمر من يدها (فلا يقع الطلاق، ويبطل الأمر) لأنها خالفت زوجها فيما فوض إليها.

(وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قد مضى طلقت) يعني إذا علقت مشيئتها بأمر ماض، بأن قالت إن كان أبي في الدار وهو في الدار يقع الطلاق (لأن التعليق بشرط كائن منجز) يعني في الحال لا تعليق، كقوله أنت طالق إن كانت السماء فوقنا.

فإن قيل يرد على هذا حلف الرجل وقال هو يهودي إن فعل كذا، وهو يعلم انه فعل حيث لا يحكم بكفره، فلو كان التعليق بشرط كان تحقيقاً لكان كافراً، وأجيب بأنه لا يرد لأنه لا يكفر على ما روي عن محمد بن مقاتل الرازي أنه يكفر فاطرد الأصل، ولئن سلمنا أنه لا يكفر على ما روي عن ابن شجاع. وعن أبي يوسف أيضاً فنقول إنما لا يكفر، لأن الكفر إنما يكون تبديل الإعتقاد، وهو بهذا الكلام لم يقصد تبديل الإعتقاد بل قصد أن يصدق في مقالته، او نقول هذا وأمثاله كناية عن اليمين عرفاً، فيحمل عليها تحامياً عن تكفير المسلم.

(ولو قال لها أنت طالق إذا شئت، او إذا ما شئت او متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن رداً) فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد ذلك (ولا يقتصر على المجلس)

أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت ، وهي عامة في الاوقات كلها ، كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ، ولو ردت الأمر لم يكن رداً ،لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ، ولا تطلق نفسها إلا واحدة ، لانها تعم الأزمان دون الافعال ، فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقاً بعد تطليق . وأما كلمة إذا وإذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة « رح » ، فكان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت ، لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك

بالإجماع ، حتى إذا قامت من المجلس او أخذت في عمل آخر او كلام آخر ، فلها أن تطلق نفسها واحدة لا غير ، ثم شرع في بيان كيفية الأمر في هذه الصور المذكورة بقوله (أما كلمة متى ومتى ما فلأنها للوقت ، وهي عامة في الأوقات كلها) اي كلمتا متى ومتى ما عامة ، فتعم الأوقات كلها ، وليست لتعميم الفعل ، فلم يكن ردها رداً ، لأن الزوج فوض إليها الطلاق في اي وقت شاءت (كأنه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس) لعموم الوقت .

(ولو ردت الأمر لم يكن رداً ، لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت) فأي وقت شاءت تطلق نفسها فيه (فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها) لأن كلمة متى (تعم الازمان دون الافعال ، فتملك التطليق في كل زمان) لعموم متى في الأزمان (ولا تملك تطليقاً بعد تطليق) حاصله لا تملك إلا تطليقة واحدة متى شاءت ، لأنا قلنا أن متى لتعميم الوقت ، لا لتعميم الفعل .

(وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومتى سواء عندهما) اي عند أبي يوسف ومحمد (وعند أبي حنيفة « رح » إن كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت ، لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج الأمر بالشك) فإن قلت يحمل على الشرط هنا تصحيحاً للرد . قلت إنما يحمل

وقد مر من قبل ، ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً ، لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال ، إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم ، حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء ،

على الشرط اذا صدر الرد ممن وجب أن صدر عنه التعليق ، لأن إرادة الشرط تختص بمن كان التعليق منه لا بمن صدر الرد منه ، فلهذا لا يحمل على الشرط تصحيحاً .

فإن قلت في قوله – إذا شئت ومتى شئت – ينبغي أن لا يبقى لها المشيئة بعدالقيام عن المجلس او إذا انقطع المجلس بقوله لا أشاء ، لأن المفوض إليها مشيئة واحدة ، حتى لا يبقى لها المشيئة مرة أخرى بعد قوله شئت واحدة ، كما في قوله إن شئت فأنت طالق فقالت لا أشاء ، قيل في جوابه الثابت بها مشيئة واحدة في حق الحنث ، لأن الحنث تعليق بإيجاد مشيئة واحدة ، لأن البر تعلق بنفي مشيئة نكرة ، فإن قوله – إن شئت – يقتضي مشيئة ، فالبر بمعنى هذه المشيئة والنكرة في النفي تعم ، وفي الإثبات تخص ، وإذا كانت والنكرة تعم في النفي فإنما يتم البر بنفي المشيئة ، ولم يوجد فتبقى اليمين .

(وقد مر من قبل) يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله – أنت طالق إذا لم أطلقك – .

(ولو قال لها أنت طالق كلما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة ، حتى تطلق نفسها ثلاثاً) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل قال لامرأته أنت طالق كلما شئت ، قال لها أن تطلق نفسها وان قامت من مجلسها وأخذت في عمل آخر او كلام آخر واحدة بعد واحدة ، حتى تطلق نفسها ثلاثاً (لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال) والدليل عليه قوله تعالى ﴿ كلما نضجت جلودهم ﴾ ٥٦ النساء ، فلما كان كذلك لها مشيئة بعد مشيئة إلى أن تستوفي الثلاث .

(إلا أن التعليق) اي غير أن التعليق ، وهو قوله أنت طالق كلما شئت (ينصرف إلى الملك القائم) يعني في عصمته (حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء ،

لأنه ملك مستحدث ، وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً في كلمة واحدة ، لأنها توجب عموم الإفراد لا عموم الاجتماع . فإذا كان كذلك فلا تملك الإيقاع جملة وجمعاً . ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء . وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها ، لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان، والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو

لأنه ملك مستحدث) يعني متجدد بعد الملك القائم بالزوج الأول (وليس لها) اي لهذه المرأة التي قال لها زوجها أنت طالق كلما شئت (أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة لأنها) اي لأن كلمة كلما (توجب عموم الإفراد) اي فرداً فرداً لا جملة (لا عموم الاجتماع) اي لا توجب عموم الاجتماع بأن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة بأن تقول طلقت نفسي ثلاثاً .

(فإذا كان) يعني كلمة كلما (كذلك فلا تملك) اي المرأة (الايقاع) اي إيقاع الطلاق (جملة وجمعاً) قيل معناهما واحد ، وقيل أراد بالجملة أن تقول طلقت نفسي ثلاثاً ، وأراد بالجمع أن تقول طلقت وطلقت ، والأول أصح .

(ولو قال لها أنت طالق حيث شئت او أين شئت لم تطلق حتى تشاء) لانه علق وقوع الطلاق في الحقيقة بالشرط ، لان حيث وأين من الظروف المكانية ، ولا تعلق للطلاق بالمكان ، لان الواقع في مكان واقع في جميع الامكنة ، فيصير ذكر المكان لغواً ، فبقي الطلاق معلقاً للشرط تشبيهاً فلا يقع حتى تشاء ، فكأنه قال أنت طالق ، إن شئت .

(وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) كما في قوله أنت طالق إن شئت (لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان) كلمة حيث للمكان اتفاقاً . وقال الاخفش وقد ترد للزمان ، ويلزم الاضافة إلى الجملة الإسمية كانت او فعلية ، وندرت إضافتها إلى المفرد. وإن اتصلت بما الكافة ضمنته معنى الشرط ، وكلمة أين سؤال عن المكان .

وإن قلت أين زيد فإنما تسأل عن مكانه (والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو) اي

ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان ، لان له تعلقاً به ، حتى يقع في زمان دون زمان ، فوجب اعتباره خصوصاً وعموماً . وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة ، معناه قبل المشيئة

يلغو ذكر حيث وأين (ويبقى ذكر مطلق المشيئة) فكأنه قال أنت طالق إن شئت (فيقتصر على المجلس) كما في قوله أنت طالق إن شئت .

فإن قلت إذا لغى ذكر المكان فيبقى قوله أنت طالق شئت ، فينبغي أن يقع الطلاق ، كما لو قال أنت طالق دخلت الدار ، فإنه يقع الطلاق الساعة فمن أين فيها معنى الشرط. قلت قالوا إن حيث وأين يفيدان ضرباً من التأخير ، وحروف الشرط أيضاً تفيدان ضرباً من التأخير فيشتركان في معنى التأخير ، فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط .

فإن قلت إذا جعلا مجازاً عن إذا ، فلا يبطل بالقيام عن المجلس ، فلم لم يجعلا مجازاً عن إذا . أجيب بأن جعلها مجازاً عن أن أولى لتمحضها في معنى الشرط ،فكانت أصلا في الباب والاعتبار بالاصل أولى من غيره .

(بخلاف الزمان ، لان له تعلقاً به) أي لان للطلاق تعلقاً بالزمان ، لان الزمان جزء داخل في ماهية الفعل ، ليدل فعل الطلاق على الزمان (حتى يقع في زمان دون زمان) يعني يقع في زمان مستقبل دون زمان ماض (فوجب اعتباره) أي اعتبار الزمان (خصوصاً) كما لو قال أنت طالق وغداً (وعموماً) لو قال أنت طالق في أي وقت شئت ، وانتصابها على التمييز من اعتباره ، وعامله الفعل ، أعني وجب .

(وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة) قوله تملك الرجعة جملة من الفعل والفاعل والمفعول وقعت صفة لقوله تطليقة وقوله (معناه) اي معنى قول محمد ، لانه ذكر المسألة في الجامع الصغير . وقال طلقت تطليقة تملك الرجعة فيها (قبل مشيئة المرأة) أما إذا شاءت المرأة الواحدة البائنة او الثلاث يقع ذلك إذا نواه الزوج وهو معنى قوله :

فإن قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثاً . وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال ، لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته ، أما إذا أرادت ثلاثاً والزوج أراد واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية ، لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة ، فبقي إيقاع الزوج ، وإن لم تحضره النية يعتبر مشيئتها فيما قالوا جرياً على موجب التخيير ،

(فإن قالت قد شئت واحدة بائنة) يعني عقيب قوله أنت طالق كيف شئت (أو قالت) اي او قالت شئت (ثلاثاً) طلقات (وقال الزوج ذلك نويت) اي والحال قال الزوج نويت ما قالته المرأة من البينونة بالواحدة وبالثلاث (فهو كما قال) اي فالامر كما قال الزوج (لان عند ذلك) اى لان عند قول الزوج ذلك نويت (تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته) اي بين مشيئة المرأة وإرادة الزوج فيكون الواقع على ما ذكر (أما إذا أرادت ثلاثاً) اي ثلاث طلقات (والزوج أراد واحدة بائنة) اي وأراد الزوج طلقة واحدة بائنة (او على القلب) بأن أراد المرأة واحدة بائنة ، وأراد الزوج ثلاثاً (يقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة) اى المطابقة بين قولها وقول الزوج (فبقي إيقاع الزوج) يعني في قوله أنت طالق كيف شئت ، لانه أصل الطلاق ، فلا يعتد بوصفه .

(وإن لم يحضره النية) يعني إذا لم ينو الزوج شيئاً (تعتبر مشيئتها) فيقع ما شاءت سواء شاءت الواحدة البائنة او الثلاث (فيا قالوا) اى فيا قال المتأخرون (جرياً على موجب التخيير) لان الزوج خيرها في وصف الطلاق بقوله كيف شئت فيجرى على موجب تخييره ، وإنما قال المصنف فيا قالوا لانه لم يرد فيه نص من المتقدمين . قال الاترازى والظاهر أنه يقع الرجعي إذا لم ينو الزوج شيئاً على إشارة الجامع الصغير ، لانه وقع الواحدة البائنة او الثلاث بمشيئتها إذا نوى الزوج ، فعلم أنه إذا لم ينو شيئاً لا يقع البائن والثلاث ، فبقي إيقاع أصل الطلاق ، وهو الرجعي .

قال رضي الله عنه قال في الاصل هـــذا قول أبي حنيفة « رح »
وعندهما لا يقـع ما لم توقـع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثاً ،
وعلى هذا الخلاف العتاق ، لهما أنه فوض التطليق إليها على أي صفة
شاءت ، فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها ليكون لهـا المشيئة
في جميع الأحوال ، أعنى قبل

(قال) اى المصنف رحمه الله (قال في الاصل) اى قال محمد في المبسوط (هذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) اى المذكور من الاحكام المذكورة قول أبي حنيفـــة رحمـــه الله تعالى ، إنما قال المصنف ذلك لان محمداً رحمه الله لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ، وإنما ذكره في الاصل (وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة) يعني لا يقع شيء مـا لم تشاء المرأة (فتشاء) اى المرأة (رجعية) اى تطليقة رجعية (او بائنـــة) اى او تشاء بائنة (او ثلاثاً) اى او تشاء ثلاث تطليقات والحاصل أنها مخيرة بين هذه الاشياء .

فإن قيل كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثاً ، والزوج لا يسعه أن يطلقهـا ثلاثاً . أجيب بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله إن شاءت نفسها ثلاثاً بمشيئة القدرة لا مشيئـــة الاباحة ، كما في قوله تبارك وتعالى ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك يباح لها في التخيير ، وفي الفوائد الظهيرية لـــو طلقت نفسها ثلاثاً على قولهما او ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره ، لانهـا مضطرة إلى ذلك ، لانها لو فرقت خرج الامر من يدها ، بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك .

(وعلى هذا الخلاف) اى الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه (العتاق) يعني إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت يعتق عبده في الحال ولا مشيئة له وعندهما لا يعتـق قبل المشيئة ، وبه قال الشافعي .

(لهما) اي لأبي يوسف ومحمد (أنه فوض التطليق إليها على اي صفة شاءت ، فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها) لأنه إذا لم يتعلق أصله لا يقع كيف شاءت ، لان الوصف لا يتحقق بدون الاصل (ليكون لها المشيئة في جميع الأحوال) يعني سواء كان (أعني قبل

الدخول وبعده . ولأبي حنيفة « رح » أن كلمة كيف للاستيصاف ، يقال كيف أصبحت ، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ، ووجود الطلاق بوقوعه ، وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ، لأنهما يستعملان للعدد ، فقد فوض إليها ، أيّ عدد شاءت ،

الدخول وبعده) وقد فسره بقوله أعني قبل الدخول وبعده ، فلا يقع الطلاق بدون مشيئتها عندهما كما في قوله أنت طالق إن شئت او كم شئت او حيث شئت او أين شئت.

(وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن كلمة كيف للاستيصاف) اي للسؤال عن وصف الشيء (يقال كيف أصبحت) اي صحيح أم بك تشويش وهو اسم ويستعمل على وجهين، أحدهما أن يكون شرعاً نحو كيف تضع ، والثاني هو الغالب فيه أن يكون استفهاماً حقيقة ، نحو كيف زيداً ، وغير حقيقي نحو قوله تعالى كيف تكفرون بالله ، فإنه خرج مخرج التعجب ، فإنه كان وضع كيف لسؤال الحال ، لأن الذات كان لوصف الطلاق في البينونة العدد متعلقاً بالمشيئة دون أصله ، ولكن في غير المدخول بها لا مشيئة لها بعد وقوع أصل الطلاق ، لحصول البينونة . وفي المدخول بها يقع ما شاءت إذا وافقت نية الزوج . وإذا خالفت يقع الطلاق الرجعي .

(والتفويض في وصفه) اي وصف الطلاق (يستدعي وجود أصله) اي أصل الطلاق، لان الوصف قائم به (ووجود الطلاق بوقوعه) اي بوقوع الطلاق .

فإن قلت لما كان تفويضاً في وصفه إلى مشيئتها ، فيجب أن يكون في مستقبله في إثبات ما شاءت بلا نية الزوج ، كما في سائر التفويضات . أجيب بأن أبا بكر الرازي ذكر أن لها المشيئة في إثبات وصف البينونة او الثلاث بلا نية الزوج ، وما ذكر في الكتاب قول الجصاص .

(وإن قال لها أنت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانها) اي لان كم وما (يستعملان في العدد ، وقد فوض إليها اي عدد شاءت) اما كم فإنه كناية عن

فإن قامت من المجلس بطل ، وإن ردت الأمر كان رداً ، لأن هذا أمر واحد ، وهو خطاب في الحال ، فيقتضي الجواب في الحال .
وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين

العدد لا على سبيل التعيين ، ألا ترى إلى قولهم كم درهماً عندك ، وكم غلام ملكت في الإستفهامية والخبرية ، فوقعت عامة لابهامها كان لها أن تطلق إن شاءت واحدة ، وإن شاءت ثنتين ، وإن شاءت ثلاثاً .

(فإذا قامت من المجلس بطل) اي لا يقع شيء ، لان هـذا تمليك والتمليكات تقتصر على المجلس ، فإذا وجد دليل إعراض من القيام عن المجلس، ومن الإشتغال بعمل آخربه، حيث يقع المجلس بطلت مشيئتها ولم يقع بعد ذلك شيء بمشيئتها (وإن ردت الامر كان رداً ، لان هذا أمر واحد) هذا احتراز عن كلما وقوله (وهو خطاب في الحال) احتراز عن إذا ومتى ، يعني إذا تمليك في الحال ، لانــه ليس في كلامه ذكر الوقت (فاقتضى جواباً في الحال) لا يقال إن كم تستعمل في العدد والواحد ليس بعدد ، فينبغي أن يملك الواحد ، لانا نقول أن الواحد أصل العدد ، وفي الفرق يستعمل في العدد ، ألا ترى لوقيل كم معك استفهام الجواب عن الواحد .

فان قيل كلمة ما تستعمل للعدد ، وتستعمل للوقت ، كقوله تعالى ﴿ ما دمت حيـاً ﴾ فوقع الشك في تفويض العدد ، فلا يثبت العدد بالشك . أجيب بأن هذا معارض بمثله، فأما لو عملنا بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس . ولو علمنا بمعنى العدد يبطل ، فوقـع الشك بكونه مما وراء المجلس فلا يثبت بالشك ، ثم رجحنا جانب العدد بأصل آخـر ، وهو أن التفويض بمعنى التمليك ، والتمليكات تقتصر على المجلس ، وإنما يكون لو كانت معمولاً ، وبمعنى العدد لا بمعنى الوقت . قال الاكمل فيه نظر ، لان فيه معنى التعليق ، فيتوقف على ما وراء المجلس ، فيتعارض جهتا الترجيح . والجواب أنه تمليك فيـه معنى التعليق ، والاول كالاصل ، فالترجيح به أولى .

(وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة او ثنتين

ولا تطلق ثلاثاً عنـــد أبي حنيفة « رح » . وقالا تطلق ثلاثاً إن شاءت ، لأن كلمـة ما محكمة في التعميم ، وكلمة من قـد تستعمل للتمييز فيحمـــل على تمييز الجنس ، كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت ، ولأبي حنيفة « رح » أن كلمـة من حقيقة للتبعيض ، ومـا للتعميم ، فيعمل بهما ، وفيمـــا استشهد به ترك التبعيض

ولا تطلق ثلاثاً عنـــد أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه . وقالا تطلق ثلاثاً إن شاءت ، لان كلمة ما محكمة للتعميم ، وكلمة من قد تستعمل التعيين) اي للبيان ، كما في قولـه تعالى ﴿ فاجتنبوا الرجس من الاوثان ﴾ ٣٠ الحج ، وقد تكون لغيرهما ، فاذا عرفت ذلك قد اجتمع في كلامه المحتمل والمحكم ، فيحمل المحتمل على المحكم ، كما هو الاصل . وقـال المصنف رحمه الله تعالى (فيحمل على تمييز الجنس) اي يحمل بيان العموم لعموم الجنس ، اي لتمييز الطلاق من سائر الاشياء في التفويض ، او هو صلة ، كذا في المبسوط .

(كما إذا قال كل من طعامي ما شئت) يعم الاذن (او طلق من نسائي من شئت) فله أن يطلق من شاء من نسائه (ولابي حنيفة رحمه الله تعالى إن كلمة من حقيقة التبعيض) فيه نظر ، لان من تأتي بخمسة عشر معنى الغالب عليها إبتداء الغاية ، حتى ادعى جماعـة أن سائر معانيها راجعة إليه (وما للتعميم) اي كلمة ما للتعميم (فيعمـل بها) لان الاصل أن يعمل بحقيقة الكلام ما لم يدل دليل المجاز . وقال الاترازي لا يقال ينبغي على هـذا أن لا تطلق نفسها واحدة ، لان الواحدة ليس فيها معنى العموم أصلا ، وهي بعض حرف ، لانا نقول لما ملكت الثنتين بحكم الامر ملكت الواحدة أيضاً ، وهذا ما سنح به خاطري في هذا المقام . قلت سبق لهذا غيره ، لان الاكمل سأل هذا ، وأجاب بقوله بأنه يتناول الواحدة دلالة

(وفيما استشهدا به) هذا جواب عن قول أبي يوسف ، ومحمد مستشهدين بقوله ، كما إذا قال كل من طعامي تقريره ان فيه قام الدليل على إرادة المجاز ، وهو (انه ترك التبعيض)

لدلالة إظهار السماحة أو لعموم الصفة ، وهي المشيئة ، حتى لو قال من شئت كان على الخلاف .

بدليل خارجي ، وهو قوله (لدلالة إظهار السماحة) لأن في العرف يراد بمثل هذا الكلام إظهار السماحة والكرم ، وذلك بالعموم (او لعموم الصفة، وهي المشيئة) لأن النكرة إذا وصفت بصفة عامة تعم (حتى لو قال من شئت) يعني لو قال طلق من نسائي من شئت (كان على الخلاف) المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ، ثم عنده إن طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع .

فروع . لو قال لها انت طالق ثلاثاً ، إلا ان تشائي واحدة فشاءت واحدة يقع واحدة عند ابي يوسف . وقال محمد لا يقع شيء ، ولو قال طلقها إن شاء الله وشئت ، او قال أنت طالق إن شاء الله وفلان او شئت ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة شيء . ولو قال ان شئت وشاء فلان يقع بمشيئتها . ولو قال إن شئت فأنت طالق ان شئت او متى شئت أو حين شئت ، فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال .

ولو قال لامرأتيه إن شئتما فأنتما طلقتان فشاءت إحداهما أو شاء بطلاق احداهما لا يقع لعدم وجود الشرط. ولو قال طلقها ثلاثاً فطلقها أحدهما واحدة ، والآخر ثنتين وقع الثلاث. ولو قال لها ان شئت فأنت طالق ثم قال لأخرى طلاقك مع طلاق هذه يقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا لم يقع. ولو قال انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف « رح » . ولو قالت طلقني وطلقني وطلقني ، فقال الزوج طلقت فهي ثلاث ، ولو قالت طلقنى طلقنى طلقني بغير واو فطلق الزوج ، فإن نوى واحدة فواحدة ، وإن نوى ثلاثاً فثلاثاً .

وفي الاشراف لابن المنذر اختلفوا في الرجل يملك أمر امرأتي رجلين يشترط اجتماعهما على الطلاق ، قاله الحسن والأوزاعي والثوري ومالك والشافعي « رح » وأبو ثور وأبو عبيد . وقال زفر ينفرد أحدهما به ، فإن طلق إحداهما ثلاثاً والأخرى واحدة يقع واحدة عندنا ، وبه قال أحمد وابن راهوية ، واختاره عند مالك واصبغ من المالكية . وقال مالك « رح » لا يقع شيء . وقال الزهري هي طالق والله أعلم بالصواب .

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقـــع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأته إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق .

(باب الأيمان في الطلاق)

اي هذا باب في بيان حكم الإيمان في الطلاق . ولما فرغ من ذكـــر الطلاق بالتخيير بالصريح والكناية ، شرع في ذكره بسبيل التعليق قدم التخيير ، لأنه هو الأصل والتعليق مركب من ذكر الطلاق ، وحرف الشرط والمركب فرع المفرد ، ثم اليمين يقع على الحلف بالله حقيقة ، ويقع على التعليق مجازاً ، لأن اليمين لغة القوة ، قال الشاعر :

إن المقـــادير بالأوقـــات نازلة ولا يمين على دفع المقاديـــر

اي لا قوة ، واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر يدل على معنى الشرط ، فهو في الحقيقة شرط وجزاء ، سميا يميناً مجازاً لما فيه من معنى التشبيه ، وإضافة مـــا يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار إلى المالك جائزة ، سواء كانت على الخصوص ، كما إذا قال لامرأته إذا تزوجتك فأنت طالق أو على العموم ، كقوله كل امرأة تزوجتهـــا فهي طالق .

فإن قلت سميت اليمين بالله يميناً لزيادة القوة ، لأن الإنسان منقلب البـــال ، فربما لا يثبت على ما يقصده ، فيذكر اسم الله تعالى على وجه الحد او المنع فيتقوى بذلك على ما يريده ، فما معنى اليمين في ذكر الشرط والجزاء . قلت وفيه معنى الحد او المنع ، فسمي لذلك فافهم .

(وإذا اضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح، مثل ان يقول لامرأته إن تزوجتك فأنت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق) وبه قـــال عمر بن الخطاب وعبد الله بن

مسعود وعبد الله بن عمر وأبو بكر بن عمرو بن حزم وأبو بكر بن عبد الرحمن وشريح والزهري وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومكحول وسالم بن عبد الله وعطاء وحماد ابن ابي سليمان في اخرين ، وهو قول مالك وربيعة والأوزاعي والقاسم وعمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى ، لكن قالوا هذا إذا لم يعين بل عين امرأة وقال كل امرأة اتزوجها من بني تميم او بني اسد .

فإن عين قبيلة او بلدة (فعند الشافعي « رح » لا يقع) وبه قال أحمد ويروى ذلك عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله تعالى عنهم ، وهو قول الظاهرية ، وفيه قول آخر ، وهو انه إذا نكح لم يؤمر به ، قاله ابو عبيد ، وفيه قول آخر ، وهو انه يصح تعليق العتق بالملك دون الطلاق ، وهو رواية عن أحمد « رح » (لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح) هذا الحديث رواية ابن ماجة في سننه عن هشام بن سعيد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة عن النبي ﷺ قال لا طلاق قبل النكاح ولا عتاق قبل ملك ، وضعفه ابن عدي، وقال رواه الزهري عن عروة مرة مرفوعاً، ومرة عن عروة مرسلا .

وفي هذا الباب روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم وهم علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمرو بن العاص وعائشة ومعاذ وجابر وابن عباس وأبو ثعلبة الخشني رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، فحديث علي عند ابن ماجة من رواية جويبر عن الضحاك عن النزال بن مغيرة عن علي عن النبي ﷺ لا طلاق قبل نكاح. وجويبر هو ابن سعيد أبو القاسم الأزدي الخراساني البلخي ضعفه علي بن المديني ويحي بن سعيد . وقال أحمد لا يشتغل بحديثه . وقال يحي بن معين ليس بشيء . وقال النسائي والدارقطني متروك .

وحديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما عند الدارقطني في سننه عن ابي خالد الواسطي عن ابي هاشم الرماني عن سعيد بن جبير عن عمر عن النبي ﷺ انه سئل عن رجل قال يوم اتزوج ، فلانة فهي طالق، قال طلق ما لا يملك . قال صاحب التنقيح هذا حديث باطل ، وأبو سعيد الواسطي هو عمرو بن خالد ، وهو وضاع . وقال احمد ويحي كذاب .

وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه عند ابى داود والترمذي وابن ماجة عن عامر الأحول عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال قال رسول الله ﷺ لا نـــذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك . وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ،وهو أحسن شيء روي في هذا الباب . قلت قال ابن العربي اخبارهم ليس لها اصل في الصحة ، فلا يشتغل بها ، ولئن صح فهو محمول على التخيير ، ولا يلزم من بطلان التعليق ، ولم يقل ﷺ لا تعليق طلاقاً . فإن قالوا هو مضمر فنقول الأصل عدم الاضمار . وقال صاحب الاستذكار روي من وجوه الا انها عند أهل الحديث معلولة .

فإن قلت قال البخاري هذا الحديث اصح ما في الباب . قلنا تركه إياه وعدم تخريجه في الصحيح يرد ما ذكر عنه من هذا .

وحديث عائشة رضي الله تعالى عنها عند الدارقطني من رواية الوليد بن سلمة الازدي عن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت بعث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم أبـا سفيان بن حرب ، فكان فيما عهد اليه ان لا يطلق الرجل ما لم يتزوج ولا يعتق ما لم يملك. قال الاردني وابن حبان الوليد بن سلمة كان يضع الحديث على الثقات لا يجـوز الاحتجاج به . وقال هو كذاب .

وحديث معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه عند الدارقطني من روايـة عبد المجيد ، وهي ابن داود عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن معاذ بن جبل ان رسول الله ﷺ قال لا طلاق قبل نكاح ، ولا نذر فيما لا يملك ، ورواه ايضاً من رواية يزيـد بن عياض عن الزهري عن سعيد بن المسيب وطاووس عن معاذ بن جبل مرسلا ، وكذا سعيد ابن المسيب، ورواه ايضاً ابن عدي في الكامل من رواية عمرو بن عمرو عن ابى فـــاطمة النخعى وعمرو بن عمرو يروي الموضوعات ، وابن فاطمة مجهول لا يعرف .

وحديث ابن عباس رضى الله عنه عند الحـاكم عن أيوب بن سليمان الجندي عن ربيعة عن ابن أبى عبد الرحمن عن عطاء بن ابى رباح عن ابن عباس مرفوعاً . وقـــال ابن عبد الحق في أحكامه اسناده ضعيف ، وسليمان بن ابى سليمان شيخ ضعيف . وقــال ابن معين ليس بشيء .

ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء، فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال، لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده، وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف. والحديث محمول على نفي التخيير والحمل مأثور عن السلف

وحديث ابى ثعلبة الخشنى عند الدارقطنى من رواية بقية بن الوليد عن ثور بن يزيد عن خالد بن حدان عن ابى ثعلبة الخشنى قال، قال لي عليه السلام الحديث، وفيه لا طلاق إلا بعد نكاح.

(ولنا ان هذا) اي التعليق بالشرط (تصرف يمين) من الحالف في ذمة نفسه (لوجود الشرط والجزاء) وهو التعليق (لصحة قيام الملك في الحال) كاليمين بالله تعالى والنذر المعلق بالعتق (لأن الوقوع عند الشرط) اي لأن وقوع الطلاق عند وجود الشرط لا يقع قبل وجوده، فحين وجود الشرط يحصل ملك الطلاق، لأن التزوج سبب لملك الطلاق وذمة الحالف كافية لصحة اليمين لأهليته (والملك متيقن به عنده) أي عند الشرط، ويصح مع احتمال الملك عند الشرط، فمع المتيقن بالملك أولى، وبيانه ان من قال لامرأته إن دخلت الدار، وإن احتمل عند وجود الشرط بأن تصير مطلقة فلأن يصح هنا هو التيقن أولى.

(وقيل ذلك أثره المنع) اي قبل وجود الشرط اثر الشرط لم يمنع السبب من أن يتصل بالمحل (وهو قائم بالمتصرف) اى تصرف اليمين الحلف قائم بالمتصرف، ولا حاجة إلى اشتراط المحل، بل ذمة الحالف كافية (والحديث) اي الحديث الذي احتج به الشافعى « رح » ومن معه المذكور (محمول على نفى التخيير) أي لا طلاق قبل النكاح منجزاً، والمنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق. وتحقيقه انهم سألوه عليه السلام عن كون ذلك الطلاق، فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه، وإنما الكلام في تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز، وليس في الحديث ما يدل على نفيه ام اثباته.

(والحمل) اى حمل الحديث على التخيير (مأثور عن السلف) اى مروى عنهم

كالشعبي والزهري وغيرهما ، وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط ، مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا بالاتفاق ، لأن الملك قائم في الحال ، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط

(كالشعبى) هو عامر بن شرحبيل من كبار التابعين نسبته إلى شعيب الأصغر بطن بالكوفة (والزهري) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبيد الله بن شهاب ، ونسبته الى (غيرهما) أي غير الشعبي والزهري مثل سالم والقاسم وابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز والأسود وأبى بكر بن عبد الرحمن ومكحول ، فإن أبا بكر بن ابى شيبة « رض » خرج عن هؤلاء في مصنفه في رجل قال إن تزوجت فلانة فهى طالق او يوم اتزوجها فهى طالق ، قالوا هو كما قال . وفي لفظ يجوز ذلك عليه .

(واذا أضافه) اى اضاف الرجل الطلاق (إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق) لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط (وهذا بالإتفاق) احترز به عن المسألة المتقدمة أعنى قوله إن تزوجتك فأنت طالق ، لان فيها خلاف الشافعى « رح » كما مر . قال الاترازي يجوز ان يكون احترازاً عن المسألة التي بعد هذه ، اعنى قوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ، لأن فيها خلاف ابن أبى ليلى ، فعنده تطلق .

(لأن الملك قائم في الحال) هذا جواب عما يقال سلمنا أن الطلاق يقع عقيب الشرط إذا كان الملك حينئذ قائماً ، اما إذا زال فلا ينبغى ان يصح يمينه اصلا لاحتمال زوال الملك. فأجاب بقوله لأن الملك قائم في الحال لكونه محققاً في الحال (والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط) لأن الأصل في كل ثابت استمراره ، خصوصاً النكاح الذى هو عقد العمر ، ومجرد احتمال الزوال لا يلتفت اليه ، لأنه ليس بناشىء عن الدليل ، فلما صح تعليقه بالنظر إلى بقاء الملك ظاهراً وقع كلامه المعلق يميناً على أصلنا ، لأن التعليقات ليست بإثبات في الحال عندنا ، وإنما تنقلب اسباباً عند الشرط ، وعلى اصل الشافعى إيقاعاً لأن التعليقات اسباب عنده في الحال والملك في الحال موجود .

فيصح يميناً أو إيقاعاً ، ولا تصح إضافـــة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيفه إلى ملكه ، لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً ليكون مخيفاً ،

(فيصح) ان تعليقه على الأصلين (يميناً) اى من حيث انه يمين عندنا (او ايقاعــاً) اى او صح من حيث الإيقاع عنده . وقال الكاكى مستدلاً لاصحابنا في هذه المسألة ،ولنا قوله ﷺ كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ، وقد صح سنده ، فلا يخرج ذلك من العموم بما لا يثبت ، فـإن احاديثهم ضعيفة ، وقـد ضعفهـا ابن حنبل والقـاضى ابو بكر بن العربى الاشبيلي ، فقال أبو بكر احاديثهم ليس لها أصل في الصحة فلايشتغل بها، ولهذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعى من أهل الحديث انتهى .

قلت هذا الحديث ذكره المصنف في فصل بعد طلاق السنة ، وهذا حديث غريب ، وكيف يقول الكاكى وقد صح سنده ، واعاده المصنف ايضاً في باب الحجر بلفظ المعتوه عوض المجنون . واخرج الترمذى عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومى عن ابى هريرة قال قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائـز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ، وقال هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً الا من حديث عطاء بن عجلان ، وعطـاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث .

(ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكاً) يعنى الا اذا حلف في الملك (او يضيفه) اى او يضيف الطلاق (الى ملكه ، لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهـراً) أي ظاهر الوجود او غالب الوجود (ليكون) اي الجزاء (مخيفاً) اي بوقوع الجزاء فيما إذا كان المقصود منه المنع بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق ، فعلى تقدير الإقدام على دخول الدار يقع الطلاق ، لأنه دار نفقتها و كفايتها ، فكان وقوعه مطلقاً لها ، فأما اذا كان الحمل بحرف الشرطية يـدخل على المنهى ، كما في قـوله ان لم تـدخل الدار فأنت طالق .

فإن قيل لو قال لها ان حضت فأنت طالق يصح مع انه لا يكون فيها فائدة اليمين ، وهو المنع لما انها غير قادرة على منع حيضها . قبل الاعتبار الغالب لا النادر ، لأن الكلام

فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين ، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليـــه ، لأنه ظاهر عند سببه . فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طـالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ، لأن الحالف ليس بمالك ، وما أضافـــه إلى الملك وسببه ، ولا بد من واحد منهما

في الكليات لا في الافراد والتخلف في الافراد لا يضرنا ، قيل فيه نظر ، لان الكلي ينبغي ان يكون شاملا للأفراد ، فإذا لم يشملها لا يكون كليا ، انتهى . قلت السؤال والجواب للكاكي ، والنظر للأترازي ، ولكن فيه نظر لا يخفى على المتأمل .

(فيتحقق معنى اليمين) بالنصب عطفاً على قوله ليكون (وهـو القوة) أي قـوة خوف نزول الجزاء والخوف إنما يحصل بكون الجزاء غالباً لوجود عند الشرط (والظهور) أي ظهور الجزاء (بأحد هذين) وهو كون الحالف مالكا او مضيفاً إلى الملك (والإضافة إلى سبب الملك) أي اضافة الطلاق إلى سبب الملك وهو التزوج (بمنزلة الإضافـة إليه) اى إلى الملك ، وذلك فيما إذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ، وهو بمنزلة إضافـــة الطلاق إلى الملك ، لأن الجزاء جزء من الوجود عند وجـــود الشرط فيصير قولـه إن تزوجتك بمنزلة قوله إن ملكتك بالتزويج (لأنه) اي لأن الجزاء (ظـاهر عند سببه) أي عند سبب الملك .

(فإن قال لأجنبية) هذا تفريع على ما مهد من الأصل ، يعني إذا قال الرجل لامرأة اجنبية (إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ، لأن الحالف ليس بمالك ، وما اضافه إلى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما) يعني الحالف في هذه المسألة لم يكن مالكاً ولا مضيفاً الى الملك وسببه ، ولا بد منهما . وقال ابن أبي ليلى يقع طلاقه إذا دخلت بعد التزوج ، قيل كان ينبغي ان يقـــع الطلاق في هذه الصورة ، لأن المعلق بالشرط كالمتجز عند وجوده . أجيب بان المعلق انما يكون كالمتجز اذا صح التعليق ولم يصح في هذه الصورة ولا يقدر في تصحيح كلامـــه ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت

طالق ، لأن كلامه صحيح بدون تقدير التزوج ، ولا يخفى ذلك .

(والفاظ الشرط) انما لم يقل حروف الشروط ، لأن كلمة ان هو الحرف وحده ، والباقي اسماء وكلمة (إن) وهو الأصل في باب الشرط لدخوله على الفعل ، وفيه حظر ، بخلاف سائر الألفاظ ، فإنها تدخل على الإسم وليس فيه حظر ، فيرد لثلاثة معان أخرى ، الأول : معنى المعنى نحو ﴿ إن الكافرون الا في غرور ﴾ ٢٠ الملك ، والثاني : انتكون مخففة من الثقيلة نحـــو ﴿ وإن وجدنا أكثرهم لفاسقين ﴾ ١٠٢ الاعراف . والثالث : ان تكون زائدة نحو ان طباحين .

(وإذا) اعلم ان اذا ترد على وجهين ، أحدهما : ان تكون للمفاجأة ، فتختص بالجملة الإسمية ، نحو خرجت فإذا زيد . والآخـر : ان يكون ظرفـاً للمستقبل متضمنة معنى الشرط ، فيختص بالجملة الفعلية ويكون الفعل بعدهـا ماضيا كثيراً أو مضارعـاً دون ذلك .

(واذا مـا ومتى) متى ترد على أربعة أوجه استفهام نحـو ﴿ متى نصر الله ﴾ ٢١٤ البقرة ، واسم شرط كقوله متى اضـــع العمامة تعرفوني واسم مرادف للوسط ، يقال وضعت متى كمي أوسط كمي . وحرف بمعنى من ادنى ، وذلك في لغة هذيل ، يقولون اخرجها متى كمه ، اى منه (ومتى ما) دخلت مـــا في متى وكلاهما يلزمان (وكل) لفظية كل اسم موضوع لاستغراق افراد المنكر نحو قوله تعالى ﴿ كل نفس ذائقة الموت ﴾ ١٨٥ آل عمران . والمعـرف المجموع نحو قوله تعالى ﴿ وكلهم آتيه ﴾ ٩٥ مـــريم ، وأجزاء المفرد المعـرف نحو كل زيد حسن (وكلما) .

وقد ذكر المصنف الفاظ الشرط هنا سبع كلمات . وفي جوامع الفقه حروف الشرط وان وإذا ومتى ومتى ما ولولا . وقال ابن نفيس في شرح المفصل الأسماء التي يجازى بها احدى عشر من وما ومهما وأى ، والظروف اين وان ومتى وحتى ما وحيثما واذا ما زاد عليها في المحل في شرح الجمـل ايا وكيفما عند الكوفيين ، ولم يذكروا كلا وكلما وجميعـا يجزم مثل ان . وفي الروضة للنووى رحمه الله الالفاظ التي تعلق بها الطلاق بالشرط من وإذ واذا

ومتى ومتى ما و كيفما وأى ، وليس فيها ما يقتضي التكرار الا كلما ، وانما لم يذكر المصنف كلمة لو مع انه للشرط وضعا ذكر في شرح المفصل باعتبار انه يعمل عمل الشرط معنى لا لفظاً وغيرها يعمل لفظاً ومعنى حتى يجزم في مواضع الجزم ، وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن .

(لان الشرط مشتق من العلامة) هذا الكلام لا يستقيم ، لأن معنى الاشتقاق هو أن ينتظم الصيغتان معنى واحداً من لفظ الشرط ومن لفظ العلامة ، غير ان الشراح تكلفو وقالوا الشرط بالتحريك العلامة ، فتقدير كلامه الشرط مشتق من العلامة ، اي من الشرط الذي هو بمعنى العلامة .

ثم اعلم ان الشرط مشتق من أشرط بفتح الراء الذي بمعنى العلامة لا من شرط الحاكم وشرط اليمين فإنه بسكون الراء على شروط في الكثرة ، واشرط في القلة كفلوس وأفلس في جمع فلس . واما الشرط بالتحريك فيجمع على اشراط ، ومنه ذكر اشراط الساعة ، اي علامتها والشرط هنا عبارة عن أمر منتظر على حظر الوجود يقصد نفيه ، وإثباته كقولك إن زرتني أكرمتك ، وان لم تشتمني اجبتك ، فمن هذا يعرف أن كلمة ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل ، وفيه حظر بخلاف سائر الألفاظ ، فإنها تدخل على الاسم ، وليس فيها حظر ، وإنما المجازاة باعتبار تضمنها معنى إن ، فكان ينبغي على هذا ان لاتستعمل كل في المجازاة الدخول على الاسم خاصة ، إلا ان الإسم الذي يتعقبه يوصف بفعل لامحالة ، فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط ، كقولك كل عبد اشتريته فهو حر ، وكل امرأة تزوجتها فهي طالق ، فألحق كل بحرف الشرط .

ثم اعلم ان الشروط شرعية وعقلية وعرفية ولغوية ، فالشرعية كالوضوء للصلاة والعقلية كالحياة مع العلم يلزم من وجود العلم وجود الحياة دون العكس والعرفية ، ويقال لها الشروط العادية أيضاً كالسلم مع صعود السطح يلزم من وجود صعود السطح وجود نصب السلم . واللغوية مثل التعليقات كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، فانه يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، فيلزم من دخول الدار وقوع الطلاق .

وهذه الألفاظ ممـا يليها أفعال ، فتكون علامات على الحنث ، ثم كلمة ان حرف للشرط ، لأنه ليس فيها معنى الوقت ، وما وراءها ملحق بها ، وكلمة كل ليس شرطاً حقيقة ، لأن ما يليها اسم ، والشرط ما يتعلق به الجزاء والأجزية تتعلق بأفعال ، إلا أنه ألحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر .

قال ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت

(وهذه الالفاظ) اي ان وإذا ... إلى آخرها (مما يليها افعال) يستثنى منها كلمة كل ، لأنها ليست شرطاً حقيقة ، لأن ما يليها اسم الشرط يتعلق بـــه الجزاء ، والأجزية تتعلق بالأفعال ، الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالإسم الذي يليها مثل كل عبد اشتريته ، وكل امرأة اتزوجها ، ولهذا لم يذكره النحاة في أدوات الشرط (فيكون علامات على الحنث) اي فتكون الأفعال علامات على الحنث ، اي على الجزاء .

(ثم كلمة إن حرف للشرط) اي خالص الشرط (لأنه) اي لأن الشأن (ليس فيها معنى الوقت) لكونها اصلا في باب الشرط بدخولها على الفعل وفيه حظر .

فإن قلت قـــد جاء دخولها على الإسم ايضاً كقوله تعالى ﴿ وإن أحد من المشركين استجارك ﴾ ٦ التوبة ، وقوله تعالى ﴿ إن امرؤ هلك ﴾ ١٧٦ النساء ، فينبغي ان يكون أصلا . قلت الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر تقديره ان استجارك أحد ، ان هلك امرؤ ، وإنما حذف لئلا يلزم الجمع بين المفسر والمفسر .

(وما وراءها) اي ما وراء كلمه إن (يلحق بها) اي بأن باعتبار تضمنها معنى إن (وكلمة كل ليست شرطاً حقيقة ، لأن ما يليها) اي لأن الذي يليها (اسم) ولا يليهـا فعل (والشرط ما يتعلق به الجزاء ، والأجزية تتعلق بالأفعال ، إلا انـــه ألحق بالشرط لتعلق الفعل) أي لملازمة الفعل (بالإسم الذي يليها ، مثل قـــولك كل عبد اشتريته فهو حر) وكذا إذا قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (ففي هذه الألفاظ إذا وجـــد الشرط انحلت

اليمين وانتهت ، لأنها غير مقتضية للعموم ، والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ، ولا بقاء لليمين بدونه ، إلا في كلمة كلما ، فإنهـا تقتضي تعميم الأفعال . قال الله تعالى ﴿ كلما نضجت جلودهم ﴾ الآية ٥٦ النساء ، ومن ضرورة التعميم التكرار . قال فإن تزوجها بعد ذلك ، أي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء ، لأن باستيفاء الطلاقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء ، وبقاء اليمين به وبالشرط

اليمين وانتهت ، لانها) اى لأن هذه الالفاظ ، اى ان وما ذكر معها (غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه) أى بدون الشرط ، وذلك لأن اليمين تعليق جزاء معدوم ، والشرط إذا انتهى بوجوده مـرة ، لعدم دلالة اللفظ على التكرار لا يبقى اليمين لا محالة (إلا في كلمة كلما ، فإنها تقتضي عموم الأفعال) وفي بعض النسخ تعميم الافعال (قال الله تعالى ﴿ كلما نضجت جلودهم ﴾ ... الآيـة ٥٦ النساء ، ومن ضرورة التعميم التكرار) بخلاف سائر الفاظ الشرط ، فانها تدل على جنس الفعل لا التكرار ، وجنس الفعل يتحقق في المرة الواحدة ، فاذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين ، ولا يقع الجزاء إذا وجد الفعل ثانياً لارتفاع اليمين .

(قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (فإن تزوجها بعد ذلك ، اي بعد زوج آخر ، وتكرر الشرط) اي الدخول (لم يقع شيء ، لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء ، وبقاء اليمين به وبالشرط) اي بالجـزاء وبالشرط ، لأن اليمين ذكر شرط وجزاء . وفي المنتقى عن أبي يوسف لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالـق فتزوجها مرة طلقت ، ولو تزوجها ثانياً لا تطلق ولا يحنث ، وفي هذا مرتين ، كما في قوله المرأة التي أتزوجها طالق .

فالحاصل أن عند أبي يوسف أن كلما إذا دخلت على المعينة فوجب التكرار ، وفي غير المعينة لا تقتضي ، واستدل على ذلك بما لو قال كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة في كذا

وفيه خلاف زفر «رح» وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى . ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة ، وإن كان بعد زوج آخر ، لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج ، وذلك غير محصور . قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها ، لأنه لم يوجد الشرط ، فبقي والجزاء باق لبقاء محله ، فبقي اليمين ،

وسكنت هذه الدار ، فعلي صدقه كذا يلزمه لكل مرة . ولو قال كلما اشتريت ثوباً او ركبت دابة ، فعلي صدقة كذا لا يلزمه إلا مرة ، ذكره في الذخيرة .

(وفيه خلاف زفر) اي فيما إذا تزوجها بعد زوج آخر وتكرار الشرط خلاف زفر فعنده يقع الطلاق ، وهو بناء على التخيير في مطلق التعليق عندنا ، خلافاً له ، وبه قال مالك والشافعي في الجديد وأحمد (وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى) اي سنقرر خلاف زفر بعد في قوله وإن قال لها إن دخلت الدار لم يقع شيء .

(ولو دخلت) اي لفظة كلما (على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة) لوجود الشرط أبداً (وإن كان بعد زوج آخر) وهذا واصل بما قبله (لأن انعقادها) اي انعقاد اليمين (باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج) اي بسبب التزوج (وذلك غير محصور) اي التزوج غير محصور ، فلا يكون الطلاق محصوراً أيضاً ، لأن وجود السبب متكرر يقتضي وجود المسبب متكرراً ، بخلاف كلمة كل لأنه يوجب تعميم الأسماء بالأفعال .

(قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (وزوال الملك بعد اليمين) اى زوال ملك الرجل عن عصمة امرأته بأن طلقها بائنة بعد اليمين (لا يبطلها) اى لا يبطل اليمين صورته : قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها تبقى اليمين (لأنه لم يوجد الشرط ، فبقي) اى اليمين (والجزاء باق لبقاء محله) لأن الثلاث لم توجد (فبقي اليمين) كما كان في ذمة الحالف .

ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق ، لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء ، فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا ، وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ، ولم يقع شيء لانعدام المحلية ، وإن اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة ، لأنه متمسك بالأصل ، وهو عدم وجود الشرط ، ولأنه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه ، فإن كان الشرط

(ثم إن وجد الشرط) وهو دخول الدار (في الملك) يعني بعد أن تزوجها ثانياً (انحلت اليمين) لأن اللفظ لا يدل على التكرار ، فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين ، بخلاف كلمة كلما (ووقع الطلاق لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء) المحل هي المرأة والملك فيها موجود والجزاء ووقوع الطلاق (فتنزل الجزاء ولا يبقى اليمين) لأنها انتهت لعدم دلالة اللفظ على التكرار (لما قلنا) إشارة إلى قوله فبوجود الفعل مرة يتم الشرط (وإن وجد) اى الشرط ، وهو دخول الدار (في غير الملك) يعني بعد زوال الملك قبل التزوج ثانياً (انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء) من الطلاق (لانعدام المحلية) اى محل الطلاق لعدم الملك.

(وإن اختلفا في وجود الشرط) بأن قال الزوج لم يوجد الشرط ولم يقع الطلاق ، وقالت الزوجة قد وجد الشرط ووقع الطلاق (فالقول قول الزوج) لأن الأصل عدم الشرط والقول لمن يتمسك بالأصل (إلا أن تقيم المرأة البينة) على وجود الشرط حينئذ يكون القول قولها (لأنه) اى لان الزوج (متمسك بالاصل وهو عدم وجود الشرط) لدلالة الظاهر على ملك كالمدعى عليه إذا أنكر المال .

(ولانه) اى ولان الزوج (ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه) اى تدعي وقوع الطلاق ، فالقول قول الزوج إلا إذا أقامت المرأة البينة (وإن كان الشرط

لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ، ووقوع الطلاق استحسان ، والقياس أن لا يقع ، لأنــه شرط فلا تصدق ، كما في الدخول . وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها ، فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان ، ولكنها شاهدة في حق ضرتها ، بــل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها ،

لا يعلم إلا من جهتها، فالقول قولها في حق نفسها) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في ظاهر مذهبه ، ثم أوضح الذى لا يعلم إلا من جهتها بقوله (مثل أن يقول) اى الزوج (إن حضت فأنت طالق وفلانة) يعني ضرتها (فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ، ووقوع الطلاق استحسان ، والقياس أن لا يقع) اى الطلاق (لانـــه) اى لان الحيض (شرط فلا تصدق) اى المرأة (كما في الدخول) اى في دخول الدار ، فكان ينبغي أن يكون القول قول الزوج ، ولا يقع الطلاق لانه ينكر وقوعه متمسكاً بالاصل .

(وجه الإستحسان أنها أمينــة في حق نفسها) لان النساء امينات بإظهار مـــا في أرحامهن مأمورات بذلك لقوله تعالى ﴿ ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ﴾ ٢٢٨ البقرة (إذ لم يعلم ذلك إلا من جهتها) لانه لم يعلم الحيض إلا منها (فيقبل قولها) في حقها (كما تقبل في حق العدة) اى في انقضائها (والغشيان) اى وكما قبل قولها في الغشيان ، وإذا قالت أنا حائض حيث يحسب الزوج عن غشيانها، وهو كناية عن الوطء (لكنها) اى لكن المرأة (شاهدة في حق ضرتها) بوقوع الطلاق عليها (بل هي متهمة) لانها ليست بأمينة في حق ضرتها (فلا يقبل قولها في حقها) لان شهادة المتهم مردودة ، وهذا إذا كذبها الزوج .

أما إذا صدقها يقع الطلاق على ضرتها ايضاً ، قيل فيه بحث ، وهو أن المــرأة لا تخلو من الحيض وعدمه ، والحال شمول طلاقها ، وشمول عدمه لانها إن كانت حائضة فقد وجد

وكذلك لو قال إن كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حر ، فقالت أحبه أو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها

الشرط ، ويقع طلاقها وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منها . فأما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فإنه يستلزم كون الشيء موجوداً معدوماً في حالة واحدة وهو محال . وأجيب بأن الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصنين متعاقدين الامانة والشهادة ، ورتب على ذلك حكمين بحسب اقتضائها .وليس ذلك ببدع في الشرع ، فإنه رتب على النكاح ، وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره ، وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه .

والجواب أن اقتضاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض بعينه ، وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه ، وإنما الكلام في الامر الدال عليه ، وهو قولها حضت وليس فيه اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه ، انتهى . قلت هذا ذكره الاكمل ناقلاً عن كلام الشغناقي،وهذا تطويل كان يكتفى عنه بشيء مختصر ، بأن يقال الحيض امر خفي لا يطلع عليه إلا الله تعالى والمرأة هنا متهمة ، والشرع رتب عليه الحكم بحسب ما يقتضيه ظاهر الحال .

(وكذا) اى وكذا الحكم في أن القول قول المرأة في حقها دون حق غيرها (لو قال) الزوج لامرأته (إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدى حر فقالت احبه) فالقول قولها في حق نفسها فتطلق ولا يقبل في حق غيرها فلا يعتق العبد (او قال) اى او قال الزوج لامرأته (إن كنت تحبين) يجوز بنون العماد وبتركه أيضاً لانه ليس بلازم في المضارع الذى في آخره نون الإعراب (فأنت طالق وهذه معك) واشار بهذه إلى ضرتها وعبدى حر فقالت (فقالت احبك طلقت هي) اى المرأة المخاطبة ولم يعتق العبد ولم تطلق صاحبتها) وهي ضرتها اطلق عليها صاحبتها باعتبار الظاهر .

لما بينا ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قـــد تحب التخليص منه بالعذاب ، وفي حقها أن تعلق الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة ففي حق غيرهـــا بقي الحكم على الأصل وهي المحبة ، وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة أيام ، لأن ما ينقطـــع دونه لا يكون حيضاً فإذا أتمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه

وفي الحقيقة هى عدوتها (لما بينا) إشـــارة إلى قوله أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها .

(ولا يتيقن، بكذبها لانها لشدة بغضها إياه) اى زوجها والبغض ضد الحب واستعمل بمعنى الابغاض ، حيث ذكر له مفعولاً ، وهو قوله إياه ، اى لشدة إبغاض المرأة زوجها (قد تحب التخليص منه) اى من الزوج (بالعذاب) اى بعذاب نار جهنم ، لان الجاهل قد يختار عذاب الآخرة على صحبته من بغضه فلم يتيقن بكذبها (وفي حقها) اى وفي حق المرأة المخاطبة (ان تعلق الحكم بإخبارها) أن بفتح الهمزة يجوز أن تكون زائدة كما في قوله تعالى ﴿ فلما أن جاء البشير ألقاه ﴾ ٩٦ يوسف . ويقال لمـــا أن جاء أكرمته ، ويجوز أن تكون مصدرية، وأن تكون مخففة من الثقيلة على أن ضمير الشأن فيها مستتر .

(وإن كانت كاذبة) كلمة إن هذه بالكسر واصلة بما قبله (ففي حق غيرها بقـــي الحكم على الاصل ، وهي) اى الاصل (عدم المحبة) وبقولنا قال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه ، وعنه إن كذبها لا يقع . ولو قال لها إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق فقالت احبك بقلبي اوقالت احبك و كذبها الزوج طلقت عندهما . وقال محمد إن كانت كاذبة فيما بينها وبين الله تعالى لا تطلق .

(ولو قال لها إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى تستمر ثلاثـــة أيام ، لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضاً) لان ما دون ثلاثة ايام لا يكون حيضاً (فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه) اى لان الذى رأتـــه عن الدم

بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء . ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ، لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ، وبهذا حمل عليه في حديث الاستبراء

(بالإمتداد عرف أنه من الرحم فيكون حيضاً بالإبتداء) اى من أول الامر ، وفائدته تظهر في غير الموطوءة ، فإنها لما رأت دماً وتزوجت بزوج آخر فاستمر بها الدم ثلاثة ايام كان النكاح صحيحاً ، ويظهر فيما إذا قال إن حضت فعبدى حر ، والمسألة بحالها كان العبد حراً من حين رأت الدم ، ويظهر في حق الجناية من العبد ، وقيل يجب على المفتي أن يجب بقوله كانت مطلقة من اول ثلاثة ايام إذا سئل بعد الإستمرار ، ولا يقول يقع الطلاق لوهم فهم الحال والإستقبال .

وعند الشافعي « رح » لو انقضى يوم وليلة يقع الطلاق وفيه وجه مشهور انه يقع من أول الرواية ، وبه قال أحمد « رح » . وقال ابن المنذر لا يعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكاً وابن القاسم حيث قال فتنجيزه قبل الحيض ، ولو كانت حائضاً لم يقع حتى تطهر ثم تحيض ، وكذا لو قال الظاهرة أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض ثم تظهر ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ذكره في المغني .

(ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ، لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة منها) اي من الحيضة ، لأن الفعلة بالفتح للمرة ، والمرة من الحيض لا يكون إلا بكماله وكماله بانتهائه وانتهاؤه بالطهر (ولهذا) اي ولأجل أن الحيضة بالهاء هي الشيء الكامل او الدم الكامل من الحيضة (حمل عليه) اي على الكامل (في حديث الإستبراء) اي قوله عليه السلام لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة ، رواه ابو داود في سننه عن شريك عن قيس بن وهب عن ابي الدرداء عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال فى سبايا اوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ، ورواه الحاكم في المستدرك ، وقال صحيح على شرط مسلم ، وأعله ابن القطان في كناية شريك ، وقال انه بدائن وهو ممن نسى جفظه بالقضاء .

وكمالها بانتهائها ، وذلك بالطهر ، وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم ، لان اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما إذا قال لها إذا صمت لانه لم يقدره بمعيار ، وقد وجد الصوم بركنه وشرطه .

وروى ابو الدرداء أيضاً من حديث رويفع بن ثابت الأنصاري رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث علي رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن توطأ الحامل حتى تضع ، والحامل حتى تستبرأ بحيض ، انتهى . والأوطاس واد في بلاد هوازن وهو موضع حرب حنين .

(وكمالها) اي وكمال الحيضة (بانتهائها وذلك) اي الإنتهاء (بالطهر) لأن الشيء ينتهي بضده ، ثم الطهارة عن الحيض تثبت بالإنقطاع عن العشرة بمضي العشرة ، وفيما دونها تثبت بالإغتسال او بمضي وقت صلاة ، فما لم يثبت أحدهما لم يثبت الإنقطاع ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام ، ولهذا قالوا لو كان الطلاق في الأولى بدعيا . وفي الثانية سبباً لوقوعه في الطهر بعد الحيض ، ذكره التمرتاشي .

(وإذا قال لها أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه ، لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار) والصوم فعل ممتد (بخلاف ما إذا قال صمت) يعني من غير زيادة عليه فإنها إذا شرعت في الصوم يقع الطلاق بمجرد الشروع (لأنه لم يقدره بمعيار) اي لأن الزوج لم يقدر الصوم باليوم والمراد من المعيار الوقت المثبت لقدر الفعل ، حيث يطول بطوله ويقصر بقصره . ووقت الصوم للصوم معيار لا ظرف بخلاف الصلاة ، فإن وقتها ظرف لا معيار كما ذكر في الأصول (وقد وجد الصوم بركنه) وهو الإمساك عن المفطرات الثلاث نهاراً وركنه ، وهو النية والطهارة من الحيض والنفاس .

ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة ، وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة ، لانها لو ولدت الغلام أولاً وقعت واحـــدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به ، لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجاريـة أولاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء ، فإذا في حال يقع واحـــدة ، وفي حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك، والاحتمال والأولى أن نأخذ

(ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة ، وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ، ولا يدرى أيهما أول) اي ولم يعلم اي الولدين ولد أولاً. الغلام اسم لذكر لم يبلغ ، فإذا بلغ صار شاباً ، والجارية اسم لانثى لم تبلغ ، وقـد سمى الجارية غلاماً (لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التنزه)التباعـدعن السوء [1] والتورع عن مظان الحرمة ، لأن ترك وطء امرأة يحل وطأها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه حتى لو كانت عنده بتطليقتين لا تتزوج إلا بعد زوج آخر احتياطاً ، كذا في المبسوط (تطليقتان) اي لزمه تطليقتان (وانقضت العدة) بالولد الأخير (لأنها لو ولدت الغلام أولاً وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقـــع أخرى به ، لأن حـــال انقضاء العدة) والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة ، لأنه حال الزوال والمزيل لا يعمـــل حال الزوال .

(ولو ولدت الجارية أولاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ، ثم لا يقـع شيء آخر به) اي بوضع الغلام (لما ذكرنا انه حال الانقضاء) اي انقضاء العدة (فإذا في حال يقع واحدة ، وفي حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والإحتمال ، والأولى أن يأخذ)

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

بالثنتين تنزهاً واحتياطاً ، والعدة منقضية بيقين لما بينا . وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة أولى . وقال زفر « رح » لا يقع ، وهذه على وجوه ، أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في الملك ، والثاني في غير الملك فلا يقع أيضاً ، لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع

على صيغة المعلوم ، اي ان يأخذ الزوج ، او أن يأخذ القاضي او يأخذ المفتي (بالثنتين تنزهاً) اي تورعاً (واحتياطاً) واقتضاء فيها على التعليل . فقال الأترازي ويجوز أن يقال بناء الغالب على صيغة المجهول بإسناد الفعل إلى الجار والمجرور (والعدة منقضية بيقين لما بينا) اي لأنها لو ولدت الغلام اولا تنقضي عدتها بوضع الجارية ، ولو وضعت الجارية أولاً تنقضي عدتها بوضع الغلام ، لان الحامل عدتها بوضع الحمل بالنص .

(وإذا قال ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة) اي الطلقة الأولى التي تجرها بعد التطليق .

(وقال زفر لا يقع ، وهذه) اي هذه المسألة (على وجوه) الأولى هي قوله (أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق ، وهذا ظاهر) اى وقوع الطلاق ظاهر لوجود الشرط في الملك ، وهذا لا خلاف فيه ، والثانية هي قوله (او وجدا) اي الشرطان (في غير الملك فلا يقع) اي الشرط الأول (في الملك والثاني) اي وجد الشرط الثاني (في غير الملك فلا يقع) اى الطلاق (أيضاً ، لأن الجزاء) وهو الطلاق (لا ينزل على غير الملك فلا يقع) لأنه غير محل ، وفيها خلاف ابن أبي ليلى ، ذكره في المبسوط .

أو وجد الاول في غـــير الملك ، والثاني في الملك، وهي مسألة الكتاب الخلافية . وله اعتبـار الاول بالثاني إذ همـا في حـكم الطلاق كشيء واحد . ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحـال فيصح اليمـين

والرابعة وهي قوله (او وجد الاول) اى الشرط الأول (في غير الملك والثاني) اى وجد الشرط الثاني (في الملك ، وهي مسألة الكتاب الخلافية) بيننا وبين زفر (له) اى لزفر رحمه الله تعالى (اعتبار الأول بالثاني) اى اعتبار الوصف الأول بالوصـــف الثاني ، كذا فسره الأترازى ، ثم قال بيانه أن الوصف الثاني لو وجد في غير الملـك لا ينزل الجزاء ، فكذا إذا وجد الأول في غير الملك ينبغي أن لا ينزل الجـزاء ، لأن كلام أحدهما بعد الشرط كلام الآخر ، وفي أحدهما يشترط الملك ، فكذا في الآخر. وقال تاج الشريعة قوله اعتبار الأول بالثاني ، يعني أن الملك شرطاً لوقوع الطلاق عنـــد وجود الشرط الثاني ، فكذلك عنـــد وجود الشرط الأول (إذ هما) اى الشرطان (في حكم الطلاق كشيء واحد) من حيث أنه لا يقع إلا بهما

(ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم) اى صحة هذا الكلام الذى هو اليمين بأهلية المتكلم ، وهو كونه عاقلاً بالغاً ، وهي قائمة به فيكون صحة الكلام قائمة به ، ومحلـه الذمة ، فاذا كان كذلك كان ينبغي أن لا يشترط الملك وقت التعليق ، فأجاب عن ذلك بقوله (إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال) لان استصحاب الحال عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل ، فإذا كان الملك باقياً عند وجود الشرط بالنظر إلى الإستصحاب ينزل الجزاء عنده غالباً ، لان الاصل في كل ثابت دوامه . وإن كان يحتمل الملك الزوال حينئذ ، فإذا كان كذلــك (فيصح اليمين) لان الجزاء الذى هـــو غالب الوجود يتحقق حينئذ فيحصـل اليمين وهو القوة .

وعند تمام الشرط لينزل الجزاء ، لأنه لاينزل إلا في الملك ، وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين ، فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة ، وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجت زوجاً آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر « رح » . وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما ، فتعود إليه بالثلاث .

(وعند تمام الشرط) اى شرط بقاء الملك أيضاً عند تمام الشرط (لينزل الجزاء لانه لا ينزل إلا في الملك) ولا ينزل في غير الملك (وفيما بين ذلك الحال) اي بين حالة التعليق ، وتمام الشرط (حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه)اي بقاء اليمين (بمحله وهو الذمة) اي ذمة الحالف ، وإنما ذكر الضمير الراجع إلى اليمين ، وإن كانت مؤنثة على تأويله التعليق ، لان تعليق الطلاق والعتاق يمين عند الفقهاء .

(وإن قال لها) اي وإن قال رجل لامرأته (إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجها رجل آخر فدخل بها ثم عادت الى الاول) اي الزوج الاول (فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف) قال ابن المنذر هذا قول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وشريح والنخعي . وفي المبسوط وهو قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه .

(وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق ، وهو قول زفر) وهو قول جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم والتابعين ،وبه قال مالك والشافعي وأحمد وأصحابهم رحمهم الله (وأصله) اي أصل هذا الخلاف (أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (فتعود إليه بالثلاث) اي فتعود المرأة إلى الزوج

وعند محمد وزفر « رح » لا يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه بما بقي ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى . وإن قال لهـــا إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ، ثم قال أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء . وقال زفر « ر ح » يقع الثلاث ، لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ ، وقد بقي احتمال وقوعها ، فيبقى اليمين .

الأول بثلاث تطليقات (وعند محمد وزفر لا يهدم ما دون الثلاث ، فتعود إلى ما بقي من الطلاق وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى) اي في آخر فصل مما تحل به المطلقة .

(وإن قال لها) اي وإن قال رجل لامرأته (إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ، ثم قال لها أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول) اي إلى الزوج الأول (فدخلت الدار لم يقع شيء) عند علمائنا الثلاثة ، وبه قال الشافعي « رح » في الجديد على المنصوص ومالك « رح » وأحمد . قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنـه من أهل العلم على ذلك .

(وقال زفر والشافعي) في قول (يقع الثلاث ، لأن الجزاء ثلاث مطلـق) لأن الثلاث المملوكات ، فيتناول ثلاث طلقات مطلقاً ، سواء كانت مملوكة في الحال اومستحدثة في المال (وذلك لإطلاق اللفظ) واللفظ المطلق لا يتناول المقيد ، لأنه ضده حكماً (وقد بقي احتمال وقوعها) اي احتمال طلقات ثلاث مطلق (فتبقى اليمين) فإذا وجد المحـــل يقع الجزاء ، والدليل على انه لم يصرف إلى الطلقات الثلاث المملوكات مسألة الهدم ، فلو انصرف إلى الملك قائم يوقع بما بقي ، وكما لو قال كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثـــاً فتزوجها بعد زوج آخر يبقى اليمين ، وبدليل ولو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار يعتق ، فلو تقيد الجزاء بهذا الملك لما عتق ، ولهذا لو قـال إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج آخـر يكون مظاهراً عنها ، وكيف يبطل التطليق التخيير ، لأن ما صادفه التخيير طلاق، وما صادفه التعليق ما سيصير طلاقاً .

ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك ، لأنها هي المانعة ، لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تنعقد للمنع أو الحمل ، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتخيير الثلاث المبطل للمحلية ، فلا تبقى اليمين ، بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله .

(ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال (لأنها) اي لأن طلقات هذا الملك (هي المانعة إذ الظاهر عدم ما يحدث) وكل ما كان مانعاً من وجود الشرط وحاملا عليه فهو الجزاء (واليمين تنعقد للمنع او الحمل) وهنا عقدت للمنع ، فيكون الجزاء هذا الملك .

(وإذا كان الجزاء ما ذكرناه) وهو قوله إن طلقات هذا الملك إلى آخره (وقد فات) اى والحال أن الجزاء قد فات (بتخيير الثلاث المبطل للمحلية) يعني لا يبقى محلا للطلاق (فلا يبقى اليمين) لأن بفوات محل الجزاء يبطل اليمين لفوات محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، ثم جعلت الدار بستاناً لا يبقى اليمين ، فهذا مثله .

فإن قلت انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق ، لأنه لا يتصور فيه منع ولا حمل لكون الحيض عارضاً سماوياً . قلت أجيب بأن الإعتبار للغالب الشائع دون النادر ، وفيه نظر ، لأن السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادراً ، وإنما هو في الوجه كالمحبة والكراهة والجزع وغيره . والصواب أن يقال إن الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك المحل ، والمنع فيه متصور .

(بخلاف ما إذا أبانها) يتعلق بقوله — وقد فات بتخيير الثلاث — اي فات الجزاء بتخيير الثلاث المبطل للمحلية ، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة او بطلقتين (لأن الجزاء باق لبقاء محله) اي محل الجزاء ، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بطلقات ثلاث عند أبي حنيفة « رح » . وعند أبي يوسف « رح » وهي مسألة الهدم ، لأن في صورة الإبانة طلقة او طلقتين يزول الحل لا الملك . والدليل على بقاء الملك أن الزوج الأول تزوجها بلا تحليل زوج آخر .

ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها ، فلما التقى الختانان طلقت ثلاثاً وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر ، وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر . وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة . وعن أبي يوسف «رح» انه أوجب المهر في الفصل الأول أيضاً لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد

والجواب عن مسألة الهدم أن اليمين بقيت ببقاء الجزاء ، لأن اليمين لا ينقسم على الجزاء كما لا ينقسم على الشرط ، ولما بقيت اليمين بالملكية صار كأنه قائل عند الدخول أنت طالق ثلاثاً ، وهو يملك الثلاث فيقع . وعن مسألة العبد أن تعليق عتقه إنما لا يبطل اليمين بعد البيع ، لأن محلية العتق لم تبطل بالبيع ، وقد كان محلا للعتق بصفة الرق ، والرق باق بعد البيع ، حتى إذا أعتقه لا يبقى اليمين لفوات المحل ، وعن مسألة الظهار أن محل الظهار لم يفت بتنجيز الطلقات الثلاث ، لأن حرمة الظهار غير الطلاق ، لأن الاولى متناهية بالتكفير ، والثانية بالزوج الآخر ، وإنما لا يصير مظاهراً بعد التطليقات الثلاث ، لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا يتحقق ذلك إلا بالتزوج .

(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها، فلما التقى الختانان طلقت ثلاثاً ، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر) اي العقر ، وهو مهر المثل (وإن أخرجه ثم أولجه) من الإيلاج وهو الإدخال (وجب عليه المهر ، وكذا) اي وكذا لا يجب المهر باللبث والمكث (إذا قال لامته إذا جامعتك فأنت حرة . وعن ابي يوسف انه أوجب المهر في الفصل الاول أيضاً) وهو ما إذا لبث ساعة بعد الإدخال (لوجود الجماع بالدوام عليه) اي على اللبث ، ومعناه انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الإبتدائي (إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد) اي لاتحاد الإيلاج الحلال مع اللبث الحرام من حيث المقصود ، وهو قضاء الشهوة ، فكان الجماع واحد من وجه ، وأوله غير موجب للحد ، فسقط الحد ووجب العقر ، لان الوطء المحرم لا يخلو عن عقر او حد ، وعلى هذا الخلاف إذا قال لامته إن جامعتك فأنت حرة .

وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج، لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس، والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر، إذ الوطء المحرم لا يخلو عن أحدهما.

ولو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث عند أبي يوسف «رح»، خلافاً لمحمد «رح» لوجود المساس، ولو نزع ثم أولج صار مراجعاً بالاجماع لوجود الجماع.

(وجه الظاهر) اي ظاهر الرواية (أن الجماع ادخال الفرج في الفرج) ولم يوجد ذلك بعد الطلقات والعتق (ولا دوام للادخال) حتى يكون لدوامه حكماً لابتداء، كمن حلف أن لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنث باللبث ساعة، وكذا لو حلف لا يدخل فرسه الاصطبل وهو فيها فأمسكها فيه لا يحنث (بخلاف ما اذا أخرج ثم أولج، لانه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحد لا يجب بشبهة الإتحاد) اي بين الإخراج والإيلاج (بالنظر إلى المجلس) اى بالنظر (والمقصود) هو قضاء الشهوة.

(فإذا لم يجب الحد وجب العقر) اى مهر المثل. وفي ديوان الادب العقر مهر المرأة إذا وطئت على شبهة، والمراد منه المثل وبه فسر العتابي العقر في شرح الجامع الصغير (ان الوطء المحرم) اي لان الوطء المحرم (لا يخلو عن أحدهما) اي عن أحد العقر والحد.

(ولو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث) اى باللبث والمكث (عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد) فإنه لا يصير مراجعاً عنده، لانه نظير الدخول والدوام على المدخول ليس بدخول (لوجود المساس) وهو دليل أبي يوسف، اي مقصود المساس بشهوة (ولو نزع ثم أولج صار مراجعاً بالإجماع لوجود الجماع) النزع الإخراج والإيلاج الإدخال، قال الله تعالى ﴿ يولج الليل في النهار ويولج النهار في الليل ﴾ ٢٩ لقمان.

فروع . لو قال أنت طالق إن دخلت الدار كان شرطاً مثل ان عند أحمد « رح » ، وروي ذلك عن أبي يوسف ، وقيل لا يتعلق لانها للمضي ، كأنه قال أمس . وفي جوامع الفقه لا يقع . وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » يقع في الحال ، ولا يتعلق . وكذا لو قال أنت طالق لولا دخولك الدار لا يقع . وفي المغني قال أنت طالق او دخلت الـدار يقـع وأو للمضي ، ويحتمل أن لا يقع كقوله أمس ، وعندنا يقع فيها . وفي جوامع الفقه قال ادخلي الدار فأنت طالق تطلق ، لان جواب الامر كالشرط بالفاء .

وفي المبسوط والذخيرة قال أدي إلى الفاء وأنت طالق لا يقع حتى تؤدى ، لانـــه جواب الامر. وفي المبسوط لأن الواو للحال. ولو قال ادنى الفاء فأنت طالق يقع في الحال، لان الفاء للتعليل . ولو قال إن وطئتك فيمينه على الجماع . وقال ابن قدامة وعن محمد بن الحسن يمينه على الوطيء بالقدم . ولو قال أردت به الجماع لم يقبل وقد غلط ابن قدامـة في النقل عن محمد رحمه الله تعالى ، فإن محمداً ذكر في الجامع واو قال لها إن وطئتك فهـو على الجماع في فرجها بذكره ، ولو نوى الدوس بالقدم لا يصدق في الصرف عن الجمـــاع ويحنث بالدوس بالقدم أيضاً لاعترافه به على نفسه .

ولو قال إن وطئت من غير ذكر امرأة فهو على الدوس بالقدم وهو اللغة والعرف ، وذلك باتفاق أصحابنا ، ولو قال رجل لامرأة غيره إذا دخلت الدار فأنت طالق فبلـغ الزوج فأجازه صح ، حتى لو دخلت بعد الإجازة تطلق وبعدها .

(فصل في الاستثناء)

أي هذا فصل في بيان حكم الإستثناء وهو التكلم بالباقي بعد الاستثناء وهو الإستفعال من المثني وهو العرف ، يقال ثنيته اى عطفته ، والحق الاستثناء بالتعليق ، لانها في بيان التفسير ، ولان الشرط يمنـع كل الكلام ، والإستثناء بعضـــه ، والجزاء مقدم على الكل .

(وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق) قيل كان ينبغي أن يذكر هذه المسألة في الفصل المتقدم ، لانها ليست باستثناء ، بل هي تعليق . وأجيب بأن التعليق بمشيئة الله تعالى شبهاً قوياً بالاستثناء بمنع حكم صدر الكلام عما كان قبل الاستثناء بحيث لا يتوقف وجوده على وجود الشرط ، فكذا حكم صدر الكلام يمتنع أصلا في التعليق بمشيئة الله تعالى ، ولا يتوقف على وجود الشرط ، فلهذه المناسبة ذكر التعليق بالمشيئة في فصل الاستثناء .

قوله – متصلا – نصب على انه صفة لمصدر محذوف ، اي قولاً متصلا ، والمراد من الإتصال أن لا يقطع قوله إن شاء الله تعالى قبل قوله أنت طالق بكلام آخر او سكوت. وأما الفصل لانقطاع النفس فلا عبرة به لعدم امكان التحرز عنه . ولو أتى بحروف الاستثناء بحيث لا يسمع يقع الاستثناء صحيحاً ، وهو اختيار الكرخي، لأن السماع ليس بشرط صحة الكلام ، ولهذا يصح استثناء الاصم، وإن لم يسمع هو أيضاً ، وعلى شرط الاتصال جمهور العلماء ، وهو قول الائمة الاربعة ، ومنهم من جوز الاستثناء ما لم يقم من المجلس ، وبه قال الحسن البصرى وطاووس . وعن ابن عباس رضي الله عنه جوازه إلى مدة سنة ، وعنه جوازه أبداً . وقال سعيد بن جبير بعد أربعة أشهر . وقال قتادة بعد سنتين . وقال أحمد له الاستثناء ما دام في ذلك الامر . ولو جرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع طلاقه ، لان الاستثناء وجد حقيقة ،وهو صريح في بابه ، والصريح لا يفتقر إلى النية كقوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك ، وفيه خلاف الشافعية .

قوله لم يقع الطلاق وبه قال طاووس وابراهيم النخعي والحكم والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وهو قول عطاء ومجاهد والزهرى والشعبي وحماد وعبد الرزاق وسعيد بن المسيب والاوزاعي وعثمان البتي ، وبه قالت الظاهرية وأبو سليمان . وقال مالك ومكحول وقتادة وغيره قال أصحابنا لا شيء عليه ، وبه قال الشعبي وابن أبي ليلى وإسحاق وأبو عبيد . وقال مالك لا استثناء في الطلاق والعتاق والصدقة ، ويعتبر اليمين والنذر . وعند أحمد لا يرفع الطلاق خاصة ويرفع العتاق والايمان ، ثم اختلفوا في عمله،

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلاً به لا حنث عليه

اى في عمل الاستثناء فقال أبو يوسف ابطال ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال محمد تعليق . وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رح » .

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله تعالى أنت طالق، فعندأبي يوسف « رح » انه لابطال الكلام ، سواء قدم أو أخر بحرف الفاء أو بغيره . وعن محمد رحمه الله يقع ، لانه للتعليق ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق نفي الطلاق بلا شرط ، كذا في الجامع الكبير لقاضي خان . وذكر في الفتاوى الصغرى الفتوى على قول أبي يوسف ، وذكر في الايضاح الاختلاف على العكس .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد « رح » في الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يقع الاستثناء هل يكون يميناً . قال أبو يوسف ومحمد « رح » يكون يميناً ، حتى لو قال لها إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله يحنث في يمينه عند أبي يوسف . وقال محمد « رح » لا يكون يميناً ولا يحنث ولا يقع الطلاق ، وكذا العتاق او قال لعبده إن حلفت بعتقك فأنت حر ، ثم قال أنت حر إن شاء الله تعالى .

(لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به فلا حنث عليه) أى لقول النبي ﷺ ، وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وروى اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السجستاني عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رسول الله ﷺ قال من حلف عين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه بلفظ الترمذي ، وقال هذا حديث حسن . وقد روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً . وروي عن سالم عن ابن عمر موقوفاً ، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السجستاني . وقال اسماعيل بن ابراهيم كان أيوب أحياناً يرفعه ، وأحياناً لا يرفعه ، ولفظ أبي داود فيه فقد استثنى .

وروى الترمذى والنسائي وابن ماجة عن عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاووس عن أبيه عن ابي هريرة « رض » ان النبي ﷺ قال ان سليمان عليه السلام قال لأطوفن الليلة به ... الحديث ، وفيه لو قال ان شاء الله تعالى لكان كما قال . وروى ابن عدى في الكامل عن

ولأنه أتى بصورة الشرط ، فيكون تعليقاً من هذا الوجه، وانه اعدام قبل الشرط ، والشرط لا يعلم ها هنا ، فيكون إعداماً من الأصل ، ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به ، بمنزلة سائر الشروط

اسحاق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن ابي داود عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم من قال لامرأته انت طالق إن شاء الله او لغلامه انت حر أو على المشي الى بيت الله إن شاء فلا شيء عليه ، وهو معلول باسحاق الكعبي .

فان قلت ليس في الحديث الذى رواه اصحاب السنن متصلا به ، وقد روي ان النبي ﷺ قال لاغزون قريشاً ، ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى . قلت اجيب بمنع صحة هذا وبعد التسليم بصحته نقول ان الاستثناء كان من قوله لاغزون قريشاً الذى سبق قبل سنة، لانـــه يحتمل ان الاستثناء كان منه ، لكن لا نسلم ان قصد النبي ﷺ كان من قولـــه – لاغزون – الاستثناء فلم يجوز ان يكون قصده الاستدراك المأمور به الثابت من قوله تعالى ﴿ ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا ان يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت ﴾ ٢٤ الكهف .

(ولانه) أي ولأن المستثني بكسر النون (أتى بصورة الشرط) أى بحرف صريح دون حقيقة الشرط ، لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً أو انتفائها كذلك ، وما هو كذلك (فيكون تعليقاً من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (ولانه) اى قوله ان شاء الله تعالى (إعدام) للعلية (قبل) وجود (الشرط ، والشرط) وهو مشيئة الله تعالى (لا يعلم هـــا هنا) اى في صورة التعليق بمشيئة الله تعالى ، لانا لا نطلع عليها (فيكون إعداماً) اى للجزاء (من الاصل) اى ابتداء العدم العلم بالمشيئة ، فصار كأنـــه لم يقل انت طالق أصلاً، فكان إبطالاً للكلام .

(ولهذا) اى ولان في الاستثناء معنى الشرط (يشترط ان يكون متصلاً به) وعليه جمهور العلماء ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب (بمنزلة سائر الشروط) لكونـــه بيان تغيير ، وشرطه هو الاتصال .

ولو سكت يثبت حكم الكلام الأول ، فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعـــده رجوعاً عن الاول . قال وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله تعالى ، لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً ، والموت ينافي الموجب دون المبطل ،

(ولو سكت) اى المتكلم زيادة على قدر النفس بين قوله انت طالق وبين قولـه إن شاء الله (يثبت حكم الكلام الاول) وهو وقوع الطلاق ، لانه لا يصح الاستثناء المنفصل على مذهب الجمهور (فيكون الاستثناء) على قول محمد « رح » والاستثناء بالنصب ، لانـــه يكون بالتعليق بمشيئة الله تعالى استثنـــاء عن الكلام الاول ، ويجوز بالرفع على ان تكون تامة أو ناقصة يكون خبرها الجار والمجرور ، اعني قوله عن الأول (او ذكر الشرط) على قول أبي يوسف « رح » ، أى ويكون ذكر الشرط وهو قوله إن شاء الله (بعده) أي بعد قوله أنت طالق (رجوعاً عن الأول) أي عن الكلام الأول . وإنمـا قلنا لكون الاستثناء على قول محمد « رح » والشرط على قول أبي يوسف «رح» لأن محمداً يقول أن بقوله إن شاء الله إعدام ، لأن بمنزلة الاستثناء . وأبو يوسف « رح » يقول انه شرط ، ولهذا قال في الفتاوى الصغرى أنت طالق إن شاء الله فهو يمين عند أبي يوسف « رح » حتى لو قـــال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله يحنث عند أبي يوسف ، وعند محمد لا يكون يميناً حتى لا يحنث به عنده .

(قال وكذا لو ماتت) وفي بعض النسخ وكذا إن ماتت ، وليس فيه لفظ قال ، وهو معطوف على قوله لم يقع في أول الفصل ، يعني إذا ماتت المرأة بعد قوله انت طالق (قبل قوله إن شاء) أي لا يقع الطلاق (لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون إيجاباً) فإذا بطل الحكم (والموت ينافي الموجب) جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال الموت ينافي قوله انت طالق حتى لا يقع الطلاق به بعد موتها ، فينبغي أن يكون منافياً للاستثناء وهو المبطل ، فيقع الطلاق . فأجاب بقوله الموت ينافي الموجب ، وهو قوله انت طالق (دون المبطل) وهو الإستثناء ، اعني قوله إن شاء الله ، لأن الموجب يستدعي المحل ، ولهـذا لو

بخلاف ما إذا مات الزوج ، لأنه لم يتصل به الاستثناء . وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين طلقت واحدة .

قال لامرأته أنت طالق واحدة كانت قبل قوله واحدة لا يقع ، لأن الموت ينافي المحلية ، والإستثناء يبطل ، وانــه يستدعي صحة الإيجاب الذي يقوم بالزوج ، والموت يلائمه في الإبطال .

(بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لا يتصل به الاستثناء) اي بخلاف ما إذا مات الزوج قبل قوله إن شاء الله ، حيث يقع الطلاق ، لأنه لم يتصل المغير وهو الإستثناء بقوله قبل ذلك إني أطلق امرأتي واستثنى .

(ولو قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال إلا ثنتين) اي وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين (طلقت واحدة) وفي ذكر المثالين إشارة إلى القليل والكثير سواء ، خلافاً للفراء ، فإنه لا يجوز الأكثر ويدعي انه لم تتكلم به العرب . وفي الغايــة ذهب النحاة من أهل الكوفة والبصرة إلى ان استثناء الأكثر غير جائــز ، واختلفوا في جواز استثناء النصف ، وتبعه أحمد فيها ، ونصب بعض المالكية إلى هــذا ايضاً ، وفي البدائع والميزان روي عن أبي يوسف وهو قول الفراء انه لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل ، وصوابه من الكل . وفي الاسبيجابي روي عن ابي يوسف « رح » لا يجوز استثناء الاكثر وهو الصواب ، وزعموا ان العرب لم يوجد في كلامهم له علي عشرة إلا تسعة ، ولم تتكلم به ، ولا يصح استثناء الكل من الكل ، وذكر ابن طلحة في مختصره المعروف بالمدخل قولين في جواز استثناء الكل من الكل .

وقال الأموي منع بعض أهل اللغة استثناء العقد ، ولا يقال له علي مائة إلا عشرة إلا خمسة . وذكر أبو بكر من الحنابلة ان الاستثناء لا يكون في الطلاق ، فإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع الثلاث وهذا باطل . ولو قال انت طالق أربعاً إلا ثلاثا صح الاستثناء ويقع واحدة . وفي المحيط لو قال أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثنتين ان نوى استثناء الأولى والأخيرة لا يصح ، لانه استثنى الكل فيقع الثلاث ، وإن نوى واحدة من الأولى وواحدة

والأصل أن الاستثناء تكلم حاصل بعد الثنيا هو الصحيح ،

من الثانية صح ويقع ثنتان ، وكذا عند عدم النية ، خلافاً لزفر وأحمد « رح » . وفي الذخيرة وهذا قول أبي يوسف .

وروى هشام عن محمد لو قال انت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثاً يقع الثلاث ، لأنه نوى إستثناء الكل . ولو قال ثلاثاً إلا نصفاً يقع ثنتان عند أبي يوسف ، وعند محمد « رح » يقع الثلاث ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد « رح » . ولو قال انت طالق واحدة ونصفاً إلا واحدة ونصفاً يقع ثنتان عند أبي يوسف ، وهو رواية عن محمد ، وعنه يقع واحدة . وفي الذخيرة قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلاث عند أبي حنيفة ، وعندهما يقع ثنتان . وعن ابي يوسف يقع واحدة . ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثاً بطل الإستثناء . ولو قال أنت طالق ثنتين وواحدة وواحدة وثنتين إلا ثنتين فهي ثلاث . ولو قال انت طالق واحدة وثنتين إلا واحدة يقع ثنتان ، ويصير مستثنياً الواحدة من الثنتين . ولو قال ثنتين وأربعاً إلا خمساً يقع الثلاث ذكره القدوري .

وفي المنتقى قال أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً فهي ثلاث عند أبي حنيفة ، ويروى عن محمد ويصير قوله وثلاثاً ثانياً لغواً فاصلا . وقال أبو يوسف تطلق ثنتين ، وهو الظاهر من قول محمد . ولو قال انت طالق عشراً إلا اربعاً إلا تسعاً يقع واحدة . ولو قال أنت طالق عشراً إلا أربعاً إلا تسعاً يقع واحدة . ولو قال إلا ثمانياً يقع ثنتان . ولو قال إلا سبعاً يقع الثلاث . ولو قال هذه طالق وهذه طالق إلا هذه كان الإستثناء باطلا . ولو قال أنت طالق خمساً إلا واحدة يقع الثلاث . وفي وجه للحنابلة يقع ثنتان .

(والأصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) بضم الثاء المثلثة وسكون النون وهو اسم بمعنى الاستثناء ، ومعناه ان صدر الكلام بعد الاستثناء يصير عبارة عما وراء الاستثناء يدل عليه قوله تعالى ﴿ فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً ﴾ ١٤ العنكبوت ، معناه لبث فيهم تسع مائة وخمسين عاماً (هو الصحيح) احترز عما قال البعض انه إخراج ، وفيه معنى المعارضة ، وهو صفة الأصول .

ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة ، فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده ، ولايصلح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به وصارفاً اللفظ إليه ، وإنما يصلح الاستثناء إذا كان موصولاً به كما ذكرنا من قبل

(ومعناه) أي معنى الثنيا (انه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم ، وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة ، لأنـه يبقى التكلم بالبعض بعده ولايصح استثناء الكل من الكل ، لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به وصارفاً اللفظ إليه) الضمير في – بعده – يرجع إلى استثناء الكل ، وفي – به – يرجع إلى شيء ، وكذا في – اليه – وهذا كما اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا إلا ثلاثاً تطلق ثلاثا لبطلان الاستثناء .

وقال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه وعن بعض مشايخنا ان استثناء الكل رجوع ، وان الرجوع عن الطلاق باطل ، وليس كذلك لانه يبطل استثناء الكل من الوصية ، مع أن الوصية تحتمل الرجوع .

وذكر المصنف في زياداته اذا استثنى الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بمعنى ذلك اللفظ ، وأما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح ، وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى ، فإنه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء ، بل يطلق كلهن . ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن ، وان كان هو استثناء الكل من الكل ، وهـذا لأن الاستثناء تصرف لفظي ، فيصح فيما صح فيه اللفظ كلما استثنى الجزء عن الكل ، وصح لفظا ، فكذا فيما بقي ، فلو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشراً الا تسعا ، لأنه لا يزيد على الثلاث شرعا وهو الصحيح بلا خلاف .

(وانما صح) اي الاستثناء (اذا كان موصولاً به) أي بالإستثناء (لما ذكرنا من قبل)

وإذا ثبت هـذا ففي الفصل الاول المستثنى منـه ثنتان فيقعان ، وفي الثاني واحدة فيقع واحدة . ولو قال إلا ثلاثاً يقع الثلاث لانـــه استثناء الكل من الكل ، فلم يصح الاستثناء والله أعلم .

أي في قوله انت طالق ان شاء الله يعني كما لا يصح قوله ان شاء الله الا متصلا ، لا يصح قوله أنت طالق الا واحدة ، وقوله الا ثنتين الا متصلا .

(اذا ثبت هذا ففي الفصل الأول) اراد به استثناء الواحدة من الثلاث (بقى منه) اي بقى من المستثنى منه (ثنتان فيقعان ، وفي الثاني) أي في الفصل الثاني ، أراد به استثناء الثنتين من الثلاث (واحدة فيقع واحدة . ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث) يعني اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا يقع الثلاث (لانـــه استثناء الكل من الكل ، فلم يصح الاستثناء) لعدم بقاء شيء بعد الاستثناء ، ويصير الكلام عبارة عنه ، والله أعلم .



باب طلاق المريض

إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها

(باب طلاق المريض)

أي هذا باب في بيان احكام طلاق المريض ، ولما فرغ من بيان طلاق الصحيح شرع في بيان طلاق المريض ، لان المرض عارض ، والأصل عدمه ، والمرض معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع .

(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته) أي ورثت المرأةزوجها المطلق ميراثها الشرعي (وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) في هذه اربعة عشر قولاً . الأول : انه لا يقع طلاقه ، وعزاه ابن حزم الى عثمان رضي الله تعالى عنه .

الثاني : يقع طلاقه وترثه بشرط قيام العدة ، وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وابي ابن كعب وعائشة رضي الله عنهم . وبه قال المغيرة والنخعي وابن سيرين وعروة والشعبي وشريح وربيعة بن ابي عبد الرحمن وطاووس والأوزاعي وابن شبرمة والليث بن سعد وسفيان الثوري وحماد بن أبي سليمان والحارث العكلي .

الثالث : ترثه ما لم تتزوج زوجا آخر ، وان انقضت عدتها ، وهو قول ابن ابي ليلى وأحمد واسحاق وابي عبيد .

الرابع : ترثه ، وان تزوجت عشرة أزواج ، وبه قال مالك «رح» والليث في رواية عنه ، وذكره ابن رشيد في الفوائد .

الخامس : ترثه ويرثها ، وبه قال الحسن البصري .

السادس : إن صح منه ومات من مرض آخر لا ترثه عندنا . وقال الزهري والثوري والأوزاعي وزفر وأحمد وإسحاق ترثه إن مات قبل انقضاء عدتها منه ، ذكره عنهم ابن حزم في المحلى .

وقال الشافعي « ر ح » لا ترث في الوجهين ، لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ،

السابع : ترثه ويرثها إذا كان لها حمل أو قصد المضارة ، وهو قول عروة بن الزبير .

الثامن : ترثه وتنتقل عدتها إلى عدة الوفاة ما لم تنكح ، وبه قال الشعبي .

التاسع : تعتد بأبعد الأجلين من ثلاث حيض او أربعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد .

العاشر : ترثه قبل الدخول ، وعليها العدة ، وهو قول الحسن واسحاق وأبو عبيد .

الثاني عشر [1] : لو خيرها فطلقت نفسها ثلاثاً او اختلعت منه او حلف بطلاقها على دخولها الدار ، وهو صحيح عند الحلف مريض عند الدخول أو قال وهو صحيح إن قدم فلان فأنت طالق ثلاثاً فقدم وهو مريض طلقت ثلاثاً لا ترثه عندنا . وعند مالك ترثه في الكل .

الثالث عشر : يجب الصداق لها كاملا ، ولا ميراث لها ولا عدة عليها ، وبه قال جابر ابن زيد .

الرابع عشر : لا ترثه اصلا قبل الدخول وبعده ، وهو قول الظاهرية وأبي ثور ، واختاره ابن المنذر في الاشراف ، وهو الجديد للشافعي . وفي القديم الزوج فار والميراث فيه ثلاثة أقوال . الأول : مثل قولنا . والثاني : مثل قول احمد . والثالث : مثل قول مالك أبداً .

(وقال الشافعي لا ترث في الوجهين) اي قبل العدة وبعدها . وفي شرح الأقطع والشافعي أقوال . أحدها : انها لا ترث في الوجهين ، سواء مات في العدة أو بعد العدة والآخر : انها ترث ما لم تتزوج بزوج آخر ، وإن انقضت العدة ، وهو قول مالك . والآخر : انها ترث وإن تزوجت بزوج آخر ، وهو قول ابن أبي ليلى (لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض) اي بعارض الطلاق البائن (وهي السبب) اي الزوجية هي سبب الميراث .

---

(١) لم يذكر الحادي عشر في الأصل . اهـ مصححه .

ولهذا لا يرثها إذا ماتت . ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها ، وقد أمكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار ، فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه ، بخلاف ما بعد الانقضاء ، لانه لا امكان ، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها ، فيبطل في حقه

(ولهذا) إيضاح لقوله – لأن الزوجية بطلت بهذا العارض – (لا يرثها إذا ماتت) لأن سبب الإرث قد زال فلا يثبت الحكم بلا سبب .

(ولنا ان الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله) أي إبطال إرثها (فيرد عليه قصده) أي يرد على الزوج قصده ، وهو قصد إبطال الإرث (بتأخير عمله) أي عمل الطلاق (إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها) أي لأجل دفع الضرر عن المرأه ، وكأن الطلاق لم يوجد في حق الإرث (وقد أمكن) جواب عما يقال إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعدها ، فأجاب بقوله – وقد أمكن دفع الضرر – وتقديره إنما يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائماً ، وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة .

(لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار) من حرمة التزويج وحرمة الخروج والبروز ، وحرمة نكاح الأخت ونكاح أربعة سواها (فجاز أن يبقى في حق إرثها منه) دفعاً للضرر عنها (بخلاف ما بعد انقضاء العدة ، لأنه لا إمكان) أي لا إمكان لتأخير عمل الطلاق لعدم بقاء النكاح أصلا (والزوجية في هذه الحالة) هذا جواب عن قوله – ولهذا لا يرثها إذا ماتت – أي الزوجية فيما إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت (ليست بسبب لإرثه عنها) لأنه لم يتعلق حقه بمالها لكونها صحيحة (فيبطل في حقه) قال السغناقي فيبطل بالنصب لأنه جواب النفي . وقال الأكمل وقال بعض الشارحين بالرفع

لا غير ، ولكل منهما وجه خلا قوله – لا غير – فإنه لا وجه له ، انتهى .

قلت أراد بقوله بعض الشارحين الأترازي فإنه قال في شرحه فقولـــه يبطل في حقه بالرفع لا غير ، أي فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكمـاً ، فلا يرثها إذا ماتت لبطلان الزوجية أصلا ، بخلاف ما إذا مات الزوج حيث ترثه المرأة ،لأن الزوجية وان بطلت بالطلاق البائن حقيقة جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها ، لأنـه قصد ابطال حقها . ولا يجوز ان يقال بالنصب جواباً للنفي ، لأنه حينئذ ينعكس الغرض، لأنـــه يكون معناه لو كانت الزوجية سببا إرث الزوج عنها لبطلت ، ولكنها ليست بسبب ، فإذا لم تبطل الزوجية يجب ان يرثها ولا يقول به أحد لا نحن ولا الشافعي «رض» . والذي وقع في بعض الشروح بنصب الـــلام سهواً ، انتهى . قلت الـكاكي تبع السغناقي فقال فيبطل بالنصب ، لأنه جواب النفي ، والذي قاله الاكمل هو الوجه ، فافهم .

(خصوصا اذا رضي به) اي لا سيما ان الزوج اذا رضي بحرمانه من الارث ، حيث أُقدم على الطلاق .

واعلم ان اصحابنا استدلوا في هذا الباب بالنقل والعقل ، وصاحب الهداية لم يذكـر شيئا من النقل ، فنقول بإجماع الصحابة توريث امرأة الفار ، بيانه ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه طلق امرأته تماضر في مرض موته فورثها عثمان رضي الله تعالى عنه ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، فحل محل الإجماع .

فإن قلت لا نسلم الإجماع، لأنه روي عن عبد الله بن الزبير رضي الله تعالى عنهما في حديث تماضر انه قال لو كان الأمر إلي لما ورثتها . قلت أجيب بأنه قد صح عن ابن الزبير رضي الله تعالى عنهما انه قال هذا الكلام في وقت إمارته بعد سبق الإجماع ، والخلاف المتأخر لا يرفع الإجماع السابق ، ولئن سلمنا انه قاله وقت توريث تماضر ، فنقول ما ورثها لخفاء وجه الاستحسان عليه ، ونقول كانت تماضر سألت الطلاق فـاعتقد ابن الزبير رضي الله عنه ان سؤالها يسقط الإرث ، ... نقول ، ولكن عثمان إنما ورثهـــا عند وجود سؤال الطلاق فعند عدمه أولى ، انتهى .

وفي السروجي وأجابوا عن قول ابن الزبير في خلافته لو كنت أنا لم أقل بتوريثها إن لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء . وفي البدائع وكان الإجماع قد انعقد على ذلك ، وخلافه بعد وقوع الاجماع من الصحابة لا يقدح فيه ، لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الاجماع ، أو خالفه لتوريثه بعد سؤالها ، وقد روي ذلك ، ولعل عثمان كان يرى ان ذلك لا يسقط ارثها . وفي الجواهر والمحلى في رواية كان توريث عثمان رضي الله عنه بعد انقضاء العدة ، وروى هشام عن ابي مسلم عن أبيه انه كان بعد العدة ، وروى عنه أبو عمر انه كان في العدة . وقال ابن حزم وعمر هذا ضعيف ، لكن ثبت من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن ابي مليكة انه سأل عبد الله بن الزبير قال قال طلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه بنت الاصبع الكلبية فبتها ، ثم مات في العدة فورثها عثمان ، رواه عنه الحجاج بن المنهال وسعيد بن منصور ، وقد اتفقا على ان توريثها كان في العدة ، وهو قول الجمهور .

ويحتمل قول من قال انه ورثها بعد انقضاء العدة مع ضعفه انه كان تأخير المخاصمة والقسمة وقع بعد العدة ، وكان موته قبل انقضاء العدة يدل عليه قوله فلم يلبث إلا يسرا حتى مات ، وتماضر بضم التاء المثناة من فوق ، وتخفيف الميم وكسر الضاد المعجمة ، وفي آخره بنت عمر بن الشريد السلمية . قال أبو عمر وهي الخنساء الشاعرة بنت عمرو بن الشريد رباح بن ثعلبة بن جفاف بن امرؤ القيس بن نهبة بن سليم قدمت على النبي ﷺ مع قومها فأسلمت فذكروا ان رسول الله ﷺ كان يستنشد بها ويعجبه شعرها ، فكانت تنشده ، وهو يقول فيه بأجناس ويومىء بيده عليه السلام . واجمع اهل العلم بالشعر انه لم يكن امرأة قط قبلها ولا بعدها أشعر منها ، وقالوا اسم الخنساء تماضرة ، وكانت حضرت حرب القادسية ومعها بنوها اربعة رجال ، واستشهد الأربعة فيها ، وكان عمر رضي الله تعالى عنه يعطي الخنساء أرزاق أولادها الأربعة لكل واحد مائتي درهم حتى قبض رضي الله تعالى عنه .

وفي السروجي وروي عن عثمان رضي الله تعالى عنه لما قضى بتوريثها قال فرمن كتاب

الله ، وروي عنه أنه قال ما فررت من كتاب الله أي ما قصدت الفرار ، وحصل لها بالصلح عن ربع سهمها ثمانون الفا . وذكر بعض أهل الحديث انها كانت دنانير . وذكر عبد المغني في الأربعين ان ورثته كانوا يقطعون مسائل الذهب بالقوس ويقتسمونها . ومن الدليل في هذا الباب ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال جاء عروة البارقي إلى شريح من عند عمر رضي الله تعالى عنه بخمس خصال منهن إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهي في العدة . وعن الشعبي ان أم البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه فارقها بعدما حوصر فجاءت إلى علي رضي الله تعالى عنه فأخبرته بذلك فقال تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها فورثها منه وعن عائشة رضي الله تعالى عنها ان امرأة الفار ترث . ثم اعلم ان الذي ذكره صاحب الهداية مع الخلاف فيه انه إذا كان طلاق المريض بائنها كا إذا صرح به ، وأما إذا كان رجعياً فبالأولى ان ترث ، لأن حكم النكاح قائم .

فإن قلت على ما ذكرت كان ينبغي ان الإرث ايضاً في البائن . قلت زمن مرض الموت زمن تعلق حق الوارث بمال الموروث . ولهذا يمنع من التبرع بما زاد على الثلث ، فبقى النكاح حق الإرث .

فإن قلت يمنع النكاح أصلا ، ولهذا ثمه يجب عليه الحد إذا وطئها ولا ترث إذا كان الطلاق برضاها ، وكذلك إذا كان الطلاق قبل الدخول ، وكذا الإرث إذا مات بعد انقضاء العدة ، وكذا لا ترث إذا برأ ثم مات وهي في العدة . قلت أجيب ان وجوب الحد باعتبار ارتفاع الحل ، ولم يدل على ارتفاع النكاح أصلا ، بل هو قائم من وجه ، ولهذا لا يجوز للمعتدة ان تتزوج بزوج آخر ، وان الطلاق برضاها يبطل حقها ، والاقرار منه ، وأن الطلاق قبل الدخول باعتبار عدم وجوب العدة ، فلم يمكن إبقاء النكاح حكما ، وإن انقضاء العدة يمكنها من التزوج بزوج آخر ، فوجد المنافي للنكاح الأول ، فلم يجعل قائماً حكماً ، وان في البراءة لم يكن حقها متعلقاً بمال الزوج زمان الطلاق ، ولم يوجد قصد ابطال الحق ، وإن موت المرأة لا يبقى الزوجية في حقه لا حقيقة ولا حكما .

وإن طلقها ثلاثاً بأمرها أو قال لهـــا اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه ، لأنها رضيت بإبطال حقها ، والتأخير لحقها . وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثته، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ،

وفى مختصر الكافي وإن كانت المرأة أمة أو يهودية أو نصرانية فأبانها في مرضه بغير أمرها ثم اعتقت الأمة واسلمت الكافرة ثم مات ، وهي في العدة ، فلا ميراث لها منه ، لأنه لم يكن فاراً من ميراثها يوم طلق ، لأنه لم يتعلق حقها بماله .

(وإن طلقها ثلاثاً بأمرها) أي قالت له طلقني ثلاثاً فطلقها ثلاث تطليقات في مرض موته (او قال لها اختاري) اي او خيرها في مرض موته (فاختارت نفسها) اي قالت اخترت نفسي (أو اختلعت منه) اي او اختلعت المرأة من الزوج (ثم مات) اي الزوج والحال انها في العدة ، وهو معنى قوله (وهي في العدة لم ترثه) جواب المسائل الثلاث ، أي لم ترث الزوج (لأنها رضيت بابطال حقها ، والتأخير) أي تـــأخير عمل الطلاق في بطلان إرثها ، أي انقضاء عدتها (لحقها) وقد رضيت سقوطه .

وفي المحيط لو جـــاءت الفرقـــة من قبلها في مرضه لم ترث منه ، لأنهـــا باشرت سبب بطلان حقها . ولو جاءت الفرقة منها في مرضها ورثها الزوج . قيل ينبغي ان يرثها لأنا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ، ولا عدة ها هنا عند موتها فلم يبق النكاح كما بعد العدة . قيل في جوابه لما صارت محجورة عن إبطال حقه أبقينا النكاح في حق الإرث دفعاً للضرر عنه أو رداً لقصدها إبطـــال حقه كما حكمنا في مستعجل الإرث بحرمانه رداً لقصده . وكذا لو حصلت الفرقة بسبب الجب والعنة ، وخيار البلوغ والعتق في مرضه لا يرث لرضاها بالمبطل ، فإن كانت مضطرة لأن سبب الإضرار لم يكن من جهة الزوج فلم يكن جانياً في الفرقة . وفي الجامع لو فارقته في مرضها في خيار العتق والبلوغ ورثهـــا الزوج لأنهـــا جاءت من قبلها ، ولهذا لم يكن . وفي الينابيـــع جعل هـــذا قول أبي حنيفة ومحمد « رح » .

(وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثته ، لأن الطلاق الرجعي لايزيل النكاح،

فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها ، وإن قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لهـــا بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عنـد أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يجوز اقراره ووصيته ، وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم أقر لهـــا بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ، ومن الميراث في قولهم جميعاً إلا على

فلم تكن بسؤالها راضية بإبطال حقها) والسؤال مصدر سأله الشيء ، وهو إضافة المصدر إلى الفاعل والمفعول متروك ، أي بسؤال المـــرأة الطلاق الرجعي ، وفي بعض النسخ بسؤاله بتذكير الضمير المضاف إليه ، وهو من إضافة المصدر المضاف إلى المفعول والفاعل متروك ، أي بسؤال الطلاق الرجعي كذا قرره الاترازي والتقدير على هذا الوجه بسؤال المـــرأة إياه الطلاق الرجعي .

(وإن قال لها) أي وإن قال الرجل لامرأته (في مرض موته قد كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته) اي المرأة صدقت زوجها بذلك ، ولا ميراث لها ان الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة (ثم أقر لها بدين) بأن قال لها في ذمتي كذا و كذا ، وربما مثلاً (أو أوصى لها بوصية) من تركته (فلها الأقل من ذلك) اي من المقربـة والوصية (ومن الميراث عنـــد ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز وصيته وإقراره لها) يعني لها جميع ما أقر لها وأوصى لهـــا ، سواء كان أقل من الميراث أو اكثر .

(وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها) بأن قالت له طلقني وهو مريض فطلقها ثلاثـاً (ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ، ومن الميراث في قولهم جميعاً) أي في قول ابي حنيفة وصاحبيه . وفي الجامع جعل هذا قول ابي حنيفة وحده (إلا على

قول زفر ، فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به ، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية . وجه قولهما في المسألة الأولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه ، حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ، ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسألة الثانية لأن العدة باقية ، وهي سبب التهمة ، والحكم يدار على دليل التهمة ، ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسألة الأولى ،

قول زفر ، فإن لها جميع ما أوصى به وما أقر ، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية) ولا ميراث لها ، لأنها أسقطته بسؤالها.

(وجه قولهما) أي قول أبي يوسف ومحمد (في المسألة الأولى) أي فيما إذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته (انهما) أي الزوجين (لما تصادقا على الطلاق) أي على وقوعه (وانقضاء العدة) اي وعلى انقضاء العدة (صارت أجنبية عنه) اي عن الزوج (حتى جاز له أن يتزوج اختها وانعدمت التهمة) لوجود التصادق (ألا ترى) إيضاح لانعدام التهمة (انه) اي أن الشأن (تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة إليها) لأن إقراره صار كإقراره لسائر الأجانب ، وكذا وصيته لعدم التهمة ، فهذه الأحكام (بخلاف المسألة الثانية) وهي ما إذا طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها .

(لأن العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة) أي الحكم يترتب على دليل التهمة ويثبت به (ولهذا) أي ولكون الحكم دائراً على دليل التهمة (يدار على النكاح) حيث لا يجوز شهادة أحد الزوجين للآخر للتهمة (والقرابة) حيث لا يجوز شهادة القريب للقريب ، يعني قرابة الولاد ، لأنه يجوز شهادة الأخ للأخ لانعدام التهمة ، هكذا أطلقوا ، والمراد إذا لم يكن الأخ في عيال أخيه (ولا عدة في المسألة الأولى) لتصادقهما على انقضاء العدة ، وليس فيها دليل التهمة .

ولأبي حنيفة « ر ح » في المسألتين أن التهمة قائمة ، لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها ، فيزيد حقها ، والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الأحكام . قال ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثاً لم ترثه ، وإن كان قد بارز رجلاً

(ولأبي حنيفة في المسألتين ان التهمة قائمة) بسبب التواضع (لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها) اي على المرأة ، وهو يتعلق بقوله لينفتح (فيزيد حقها) بالرفع لأنه فاعل (والزوجان قد يتواضعان) من التواضع، وهو عبارة عن وضع الشخصين رأيهما على شيء واحد ، وكذا المواضعة (على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة) أي لأجل الزيادة (على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها) أي الزيادة (ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه) أي قدر الميراث .

(ولا مواضعة عادة) جواب عن مسألة ايها ، بيانه ان المواضعة عادة لا تكون (في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الأحكام) لأن الاقرار وتهمة الإيثار يتحقق في حق الارث لا في حق هذه الأحكام ، فاعتبرت في حق الارث دون غيره . وفي الذخيرة لا بد من تحكيم الحال إذا كان حال خصومة وغضب يقع الطلاق عليها بهذا الاقرار ، وإن لم يكن كذلك لم يقع .

(قال ومن كان محصوراً) وفي أكثر النسخ أي قال محمد في الجامع الصغير ومن كان محصراً هذا البيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض ، بل قال كل شيء يقربه إلى الهلاك غالباً ، فهو في معنى مرض الموت (أو في صف القتال) أي لو كان في صف القتال في الحرب (فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه) اي لم ترث المرأة زوجها (وإن كان) أي الذي في صف القتال (قد بارز رجلا) من المبارزة في الحرب ، وهي الخروج من

أو قُدِّم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل ، وأصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحساناً ، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله ، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً ، كما إذا كان صاحب الفراش ، وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه

الصف لطلب القتال (أو قدم) على صيغة المجهول ، أي أو قدم الرجل (ليقتل في قصاص) كلمة في ها هنا للتعليل ، أي لأجل قصاص نحو قوله تعالى ﴿ فذلكن الذي لمتنني فيه ﴾ ٣٢ يوسف ، وفي الحديث ان امرأة دخلت النار في هرة ، أى لأجل هرة (او رجم) أى او قدم لأجل رجم بسبب الزنا .

(ورثت إن مات في ذلك الوجه او قتل) اى او قتل بسبب آخر ، وفيه دليل على أنه لا فرق بينهما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل ، هذا ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وهو المذكور في مختصر الكافي والمبسوط والشامل . وقال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه كان عيسى بن إبان يقول لا ميراث لها لأن مرض الموت ما يكون سببا للموت ، ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت . ولنا ان الموت اتصل بالمرض والسبب الآخر يكون متمما له ، ولا منافاة فيثبت الفرار فترث .

(وأصله) أى اصل ثبوت حكم الفرار (ما بينا) أى في اول الباب (ان امرأة الفار ترث استحسانا) لا قياسا كما هو أحد أقوال الشافعي ، لأن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالطلقات ، والحكم لا يثبت بدون السبب . وجه الاستحسان ما مر وهو اتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك كما ذكرناه مفصلا .

(وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله) أى بمال الزوج (وإنما يتعلق) أى الفرار (بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب فراش ، وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه) كالذهاب إلى المسجد وإلى قضاء حاجته . وعن شمس الأئمة السرخسي ان

كما يعتاده الأصحاء ، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة، لأن الحصن لدفع بأس العدو ،

المعتبر في حق الفقيه ان لا يقدر على الخروج إلى المسجد ، وفي السوق ان لا يقدر على الخروج إلى الدكان . وفي المرأة ان لا يخرج إلى السطح ، ولو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي إلى الخلاء ولا يقوم بحوائجه خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ بخارى . وعند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح .

وقال بعض المشايخ من المتأخرين إذا كان بحال يمكنه أن يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره فهو بمنزلة الصحيح ، وهذا ضعيف ، فإن المريض جداً لا يعجز عن هذا. وقيل الذي يتعذر عليه أداء الصلاة جالسا ، وقيل الذى لا يقدر أن يقوم الا ان يقيمه إنسان . وقيل ان لا يقدر على الشيء إلا أن يهادى بين اثنين . وفي المرأة ان تعجز عن القيام بمصالح بيتها . والمرأة في حال الطلق في حكم المرض .

(كما يعتاده الأصحاء) اى من القيام بحوائجه ، والأصحاء جمع صحيح (وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب) فيكون ذلك سببا في حكم مرض الموت ، فالآن يوضحه المصنف رحمه الله تعالى :

(وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار) وإن كان يخاف منه الهلاك ، فلا يعطى له حكم المرض (فالمحصور) إلى قوله ولهذا اخوات، إيضاح لما قبله ، وبيان له ، فلذلك ذكره بالفاء والمحصور هو المحبوس يقال حصره إذا حبسه (والذى في صف القتال) أى في الصف للقتال (الغالب منه السلامة) أى في كل واحد من المحصوروالذى في صف القتال السلامة غالبا ، وإن كان يمتنع الهلاك نادراً (لأن الحصن لدفع بأس العدو) وهذا تعليل للمحصور ، لأن الغالب الذى في الحصن يأمن من شدة العدو .

وكذا المتعة فلا يثبت به حكم الفرار الذي بارز أو قُـــدم ليقتل الغالب منه الهلاك ، فتحقق به الفرار ، ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف . وقوله إذا مات في ذلك الوجـــه أو قتل دليل على انه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتـــل ، وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح . إذا جاء رأس الشهر

(وكذا المتعة) تعليل للذى في صف القتال ، لأن حواليـــه من يمنع كل من العدو ، والمنعة بالفتحات ، ويقال فلان في منعة من قومه ، أى في عز وأمن (فلا يثبت به حكم الفرار) نتيجة لما قبله (والذي بارز) اى الذى خرج للمبارزة (او قـــدم) على صيغة المجهول (ليقتل) في قصاص أو رجم (الغالب منه الهلاك) والخلاص نادر (فتحقق به الفرار) نتيجة لما قبله (ولهذا) اى ولهذه الصورة المـــذكورة (أخوات) يعني من الصورة الأخرى (يخرج على هذا الحرف) أى على هذا الأصل المذكور وحرف كل شيء حده وناحيته ، والأصل المذكور هو ثبوت حكم الفرار بما هو فى معنى المرض فى توجه الهلاك الغالب وعدم ثبوته فيما كان الغالب منه السلامـــة ، فمن الأول النازل فى السبعة والراكب فى السفينة وبقى على لوح ، وكذا فى المحيط .

وفى جوامع الفقه كان فى سفينة فاضطربت الأمـــواج ، وكان الغالب منه الغرق فهو كمرض الموت ، وكذا الواقع فى فم السبع والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد مابه فهو من الثاني وإلا فهو من الأول ، وصاحب جرح وقرحة او وجع لم يصبه على الفراش بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره .

(وقوله) اى قول محمد فى الجامع الصغير (إذا مات فى ذلك الوجـــه او قتل دليل على انه لا فرق بينهما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخـــر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل) وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) اى والحال انه صحيح (إذا جاء رأس الشهر

أو إذا دخلت الدار، أو إذا صلى فلان الظهر ، أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق ، فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث ، وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار ، وهذا على وجوه ، إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي ، أو بفعل نفسه ،

او إذا) أى او قال لها إذا (دخلت الدار ، أو إذا صلى فلان الظهر ، أو إذا دخل فلان الدار) وهذه أربع صور تعليقه وقوله (فأنت طالق) جوابها ، أي طالق بائن لان حكم الفرار يثبت بالبائن (فكانت) أي وجدت وحدثت فكانت تامة (هذه الأشياء) أي مجيء رأس الشهر ، ودخول المرأة الدار ، وصلاة فلان الظهر ، ودخول فلان الدار (والزوج مريض) اى والحال ان الزوج كان مريضاً وقت وجود هذه الأشياء (لم ترث) جواب إذا في الصور المذكورة إلا في صورة المستثناة ، على ما يجيء الآن . وقال زفر ترث ، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط . قلنا لا ترث ، لأنه لم يوجد منه الفرار ، فلا ترث بيانه انه كان حين علق صحيحاً ولم يكن حق المرأة متعلق بماله ، فلم يوجد الفرار ، وحين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزوج ، لأن الشرط أمر سماوى أو فعل الأجنبي ، والزوج ليس بقادر على إبطال التعليق ، ولا على منع الفعل السماوى ، ولا منع الأجنبي من إيجاد الشرط ، فلم يكن قادراً فلم ترث لعدم قصد العدوان من الزوج .

(وإن كان القول في المرض ترث إلا في قوله إذا دخلت الدار) هذه الصورة المستثناة من الصور الأربعة المذكورة (وهذا) إشارة إلى المذكور من الصور المذكورة ، منها ، أى من قوله إذا دخلت الدار ، الخطاب إلى المرأة أو إلى نفسه (على وجوه أربعة) الأول هو قوله (إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت) بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، والثاني هو قوله (او بفعل الأجنبي) بأن قال إذا صلى فلان الظهر او إذا دخل فلان هذه الدار . والثالث هو قوله (او بفعل نفسه) بأن قال ان دخلت هذه الدار بالإخبار عن نفسه ، والرابع

أو بفعل المرأة ، أو كل وجه على وجهين ، أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في مرض ، أما الوجهان الأولان وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر وكان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث ، لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر « رح » ترث ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ، فكان إيقاعاً في المرض . ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً

هو قوله (أو بفعل المرأة) بأن قال مخاطباً لها إن دخلت هذه الدار (او كل وجه) أى من الوجوه المذكورة .

(على وجهين) أحدهما قوله (اما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض) والآخر هو قوله (او كلاهما) اى التعليق والشرط وجدا كلاهما (في المرض . أما الوجهان الاولان وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، او بفعل الاجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر ، فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد الى الفرار قد تحقق منه) أى من الزوج (بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله) وهو حال المرض الذى يخاف منه الهلاك ، ولهذا لا يجوز له أن يوصي بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة .

(وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر « رح » ترث ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ، فكان ايقاعاً فى المرض) اىفكان المعلق بالشرط إيقاعاً في المرض .

(ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً) يعني من حيث

ولا ظلم إلا عن قصد، فلا يرد تصرفه . فأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه ، فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل ، ومما له منه بد أو لا بد له منـــه فيصير فاراً لوجود قصد الإبطال ، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له بد من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد ، فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها . وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقـه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لهـا منه بد لكلام زيد ونحوه

الحكم لا من حيث القصد ، يعني يسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لاقصداً ، ولهذا لو كان عاقلا عند التعليق ومجنونا عند الشرط يقع الطلاق . فلو كان التعليق تطليقاً عند وجود الشرط لما ارتفع لعدم القصد منه ، وكذا لو حلف بعد التعليق بأن لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث ، فلو كان التعليق تطليقاً عند وجود الشرط ينبغى ان يحنث (ولا ظلم إلا عن قصد ، فلا يرد تصرفه) لأنه علق ولم يتعلق حقها بـــماله ، فلم يوجد من جهته منع بعد وجـــود الشرط ، ولا يقدر على إيطال التعليق ولا على منع الأجنبي عن إيجاد الشرط .

(فأما الوجه الثالث وهو مـــا إذا علقه بفعل نفسه ، فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا) اي او كان التعليق والشرط (في المرض والفعل ما له منه بد) أي الفعل شيء للزوج من ذلك الشيء بد ، ككلام زيد مثلاً (او لا بــد له منه) اي او الفعل شيء لا بد للزوج منه ، كالأكل والصلاة ونحو ذلك (فيصير فـــاراً لوجود قصد الابطال ، اما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له بدمن فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها) أي عن المرأة .

(اما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المـرض والفعل) اي او كان الفعل (مما لها منه بد لكلام زيـــد ونحوه) مثل دخول الدار

لم ترث ، لأنها راضية بذلك ، وإن كان الفعل لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر ، وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار . ولنا إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض إن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال انه لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد « رح » وهو قول زفر « رح » لأنه لم يوجد من الزوج منع بعدما تعلق حقها بماله ، وعند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح »

(لم ترث ، لأنها راضية بذلك) اي باسقاط حقها ، حيث باشرت الشرط (وإن كان الفعل) مما ليس لها منه بد . وفي أكثر النسخ ، فإن كان الفعل (لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر) قال الاترازي تقييد صلاة الظهر اتفاقي لا احترازي ، لأن الحكم في سائر المكتوبات كذلك ، وتخصيصها باعتبار انها اسبق في الظهر ، بحيث الأولية ، لأنها أول صلاة فرضت ، قلت ، هذا الوجه ذكره السغناقي .

(وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الإمتناع من خوف الهلاك في الدنيا) كالأكل ، فإن لم تأكل تخاف على نفسها الهلاك في الدنيا (أو في العقبى) ومن خوف الهلاك في العقبى كالصلاة المكتوبة وكلام الأبوين ترث ، لأنها مضطرة في المباشرة لمالها في الإمتناع من خوف الهلاك ، فإن في الإمتناع عنهما بخلاف الهلاك ، أي العقوبة في الآخرة (ولا رضاء مع الإضطرار ، ولنا إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض إن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال انه) أي ان الشأن (لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد) اي لا ميراث لها (وهو قول زفر) اي قول محمد « رض » قول زفر ايضاً .

(لأنه لم يوجد من الزوج منع بعدما تعلق حقها بماله ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح »

ترث ، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه . قال وإذا طلقها ثلاثاً وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث. وقال زفر « رح » ترث لأنـــه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ، ولكنا نقول المرض إذا تعقبـــه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها ، يتعلق بماله ، فلا يصير الزوج فاراً .

ترث ، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة) اي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها (فينتقل الفعل إليه كأنها) اي كأن المرأة (آلة له كما في الإكراه) يعني إذا أكره زيد عمراً على إتلاف مال الغير فأتلفه عمرو يضمن زيد ، لان المكره بفتح الراء صار كأنه آله للمكره بكسر الراء ، فانتقل فعل المكره إلى المكره ، فكذا فيا نحن فيه ،فلما كانت المرأة مضطرة انتقل فعلها إلى الزوج ، فصار كأنه فعل الشرط في مرض موتـــه فورثت لكونه فاراً .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير ، وليس في كثير من النسخ لفظ قال (وإذا طلقها وهو مريض) أي وإذا طلق الرجل امرأته ثلاث تطليقات والحال انه مريض (ثم صح ثم مات لم ترث . وقال زفر ترث) ولم يذكر في الجامع الصغير خلاف زفر ، وكـــذا لم يذكر في الأصل ولا ذكره الحاكم في مختصره ، وإنما ذكره شمس الأئمـــة السرخسي في شرح المختصر ، وبقول زفر قال الثوري والزهري والأوزاعي وأحمـــد وإسحاق ابن راهوية .

ودليل زفر هو قوله (لأنـــه) أي لأن الزوج (قصد الفرار حين أوقع الطلاق في المرض وقد مات) والحال انه قد مات (وهي في العدة) ولا يعتبر البرء المتخلل ، فكأنه لم يبرأ بين الطلاق والموت (ولكنا نقول المرض إذا تعقبـــه برء فهو بمنزلة الصحة ، لأنه ينعدم به مرض الموت ، فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله ، فلا يصير الزوج فـــاراً)قيل هذا إذا كان به حمى ربع وصاحب فراش فانقطعت وصح منها ثم مـــات بحمى غب أو

ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرض موته وهي في العدة لم ترث ، وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت . وجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهليـــة الإرث ، إذ المرتد لا يرث أحـــداً ، ولا بقاء له بدون الأهلية ، وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية ، لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي ، بخلاف ما إذا طاوعت في حـــال قيام النكاح ، لأنها تثبت الفرقة ، فتكون راضيـة ببطلان السبب ، وبعـد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمـة بالمطاوعة لتقدمها عليها .

غيرهما من الأمراض ، أما لو صح من حمى الربع ثم عادت حمى ربع ومـات يجعل الثاني عين الأول ، ولا يحكم بزوالها ، فينبغي ان ترثه على هذا ، وفيه نظر ، لأنـــه لو حكم بزوالها لم يحكم لما بقي تعلق حقها بماله فلا يتحقق قصد الفرار .

(ولو طلقها) أي ثلاثاً أو بائناً (فارتدت والعياذ بالله تعالى ثم أسلمت ثم مـات من مرضه وهي في العدة) أي والحال انها في العدة (لم ترث) لأن الردة منافية للإرث (وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت وجه الفرق بين المسألتين انهـــا بالردة ابطلت أهلية الارث ، إذ المرتد لا يرث أحداً ولا بقاء له) أي للإرث (بدون الأهلية وبالمطاوعة) أي بمطاوعة ابن زوجها (ما أبطلت الأهلية ، لأن المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي) اي الارث هو الباقي .

(بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح ، لأنها تثبت الفرقة ، فتكون راضية ببطلان السبب) اي سبب الارث وهو النكاح (وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمـة بالمطاوعة لتقدمها عليها) اي لتقدم الطلقات على المطاوعة يعني اهليـــة الارث لم تثبت بالمطاوعة فأمكن إبقاء النكاح في استحقاق الارث فى هذه الحالة كما كانت .

فافترقـــا ، ومن قذف امرأته وهو صحيح . لاعن في المرض ورثت . وقال محمد « رح » لا ترث ، وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً ، وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لهـا منه ، إذ هي ملجئة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيـــه .

فإن قيل ينبغي ان لا ترث لانا تيقنـا النكاح حكماً في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا أحق وصار كما إذا طاوعت ابن زوجهـا قبل الطلاق كالمسألة الاولى . أجيب بأن الردة تنافي نفس الحق وهو الارث كما ان المرتد لا يرث أحـداً ، فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل . فأما المحرمية فإنها يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافاً إليها ،ولو يوجد، لان النكاح قـــد يبطل بالثلاث . وانما بقي في حق الارث خاصة ، وبالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافاً إليها فلا يجب إبقـاء النكاح في حق الاستحقاق نظراً لها مع رضاها ببطلان السبب ، كذا في الكافي .

(فافترقا) وارتداد المـــرأة بعد للإبانة ، حيث لم تـــرث في الاولى ، وورثت في الثانية .

(ومن قذف امرأته وهو صحيح) أي والحـــال انه في الصحة (ولاعن في المرض ورثت) منه (وقال محمد « رح » لا ترث) وبه قال زفر لعدم الفرار لان سبب الفرقـة قذف الرجل لم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله (وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً ، وهذا) اي هذا الحكم (ملحق بالتعليق بالفعل الذي لا بد لها منه ، اذ هي ملجئة الى الخصومة) يعني مضطرة اليها (لدفع عـــار الزنا عن نفسها) فلم تكن راضية ببطلان حقها ، فجعل الزوج مطلقاً في المرض حكماً باعتبار الشرط ، فكان لها الميراث لوجود الفرار منه بالطلاق في المرض (وقد بينا الوجه فيها) أي بينا وجه هـذه

وإن آلى امرأته وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض ترث ، وإن كان الإيلاء أيضاً في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خال عن الوقاع ، فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيىء الوقت ، وقد ذكرنا وجهه ، قال رضي الله تعالى عنه والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع

المسألة في التعليق بفعل لا بد لها منه عند قوله – وان كان لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد ... الى آخره – .

(وان آلى امرأته وهو صحيح) اي وان آلى رجل من امرأته والحال انه صحيح (ثم بانت بالايلاء) يعني تمت الاربعة الأشهر (وهو مريض) أي والحال انه مريض (لم ترث) لان البينونة مضافة الى ايلاء الزوج وقد وقع ذلك في حال الصحة ، ولم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر من مباشرة علة او شرط ، فلا يكون فاراً ، وهو فرع التعليق بمجيء الوقت .

(وان كان الايلاء ايضاً في المرض ورثت ، لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خال عن الوقاع ، فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت) فإن قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان الايلاء في الصحة لما انه ممكن من إبطال الايلاء بالنفي ، واذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه إنشاء الإيلاء في المرض وهناك ترث ، فكذلك هنا . فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته ، فطلقها الموكل في المرض ، فكان فاراً لتمكنه من العزل ، فإذا لم يعزل يجعل كأنه أنشأه ، فكذلك ها هنا . أجيب بأن الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه ، فلم يكن ممكناً مطلقاً ، بخلاف مسألة الوكالة (وقد ذكرنا وجهه) أي وجه التعليق بمجيء الوقت .

(قال) أي قال المصنف رحمه الله (والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع

الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء ، فكان السبب قائماً ، وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة ، وقد بيناه .

الوجوه) اي في جميع الصور ، سواء نجز او علق بالوجوه الأربعة المذكورة في التعليق (لما بينا) فيما مضى (انه) أي ان الطلاق الرجعي (لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء ، فكان السبب) اي سبب الإرث (قائماً) وهو النكاح حكماً (وكلما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات) أي الزوج (وهي في العدة) أي والحال انها في العدة (وقد بيناه) في أول الباب بقوله وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها .



باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت ذلك أو لم ترض ، لقوله تعالى ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ ٢٣١ البقرة

(باب الرجعة)

أي هذا باب في بيان حكم الرجعة . ولما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعاً أخره وضعاً ليناسب الوضع الطبع من قولهم رجع يرجع رجعاً ورجوعاً ورجع إلى أهله ، أي ردته إليهم . ويقال إلى الله مرجعك ورجوعك ورجعاك ، وربما قالوا رجعناك ، وطلق فلاناً امرأته بملك الرجعة والرجعة قاله ابن دريد . قلت يعني بفتح الراء وكسرها ، والفتح أفصح . وفي المنافع رجع يستعمل لازماً ومتعدياً ، فالرجوع مصدر اللازم ، كالقعود والجلوس والدخول ، فمن اللازم قوله تعالى ﴿ لئن رجعنا إلى المدينة ﴾ ٨ المنافقون ﴿ فلما رجعوا إلى أبيهم ﴾ ٦٣ يوسف ﴿ وإنا إليه راجعون ﴾ ١٥٦ البقرة . ومن المتعدي قوله تعالى ﴿ فإن رجعك الله إلى طائفة منهم ﴾ ٨٣ التوبة ﴿ ثم ارجع البصر ﴾ ٤ الملك

والرجع مصدر المتعدي ، وهي في الشريعة استدامة ملك النكاح ، ولها شرائط ، أحدها : تقديم صريح لفظ الطلاق وبعض الفاظ الكناية كما تقدم . الثانية : ان لا يكون بمقابلة مال . والثالثة : ان لا يستوفي الثلاثة من الطلاق . والرابعة : ان لا تكون المرأة مدخولاً بها . والخامسة : ان تكون العدة قائمة ، ولا خلاف لمشروعيتها لأحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع .

(وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو طلقتين فله أن يراجعها في عدتها ، رضيت بذلك او لم ترض) وهذا بإجماع أهل العلم (لقوله تعالى ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ ٢٣١ البقرة) الإمساك هو الابقاء ، وقوله تعالى ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن

من غير فصل ، ولا بد من قيام العدة ، لأن الرجعة استدامة الملك ، ألا ترى انه سمي امساكاً وهو الابقاء ، وإنما تتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها ، والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي ، وهذا صريح في الرجعة ، ولا خلاف بين الأئمة .

بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾ يعني إذا بلغن منتهى عدتهن فأنتم بالخيار إن شئتم فالرجعة والإمساك من غير ضرار ، وإن شئتم فالمفارقة من غير ضرار ، وروى أبو داود عن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي ﷺ طلق خديجة رضي الله عنها ثم راجعها . وفي حديث ابن عمر انه عليه السلام قال له مر ابنك فليراجعها ... الحديث متفق عليه (من غير فصل) يعني ان إطلاق النص لم يفصل بين رضى المرأة وعدمه ، بل اثبت الرجعة مطلقاً .

(ولا بد من قيام العدة ، لأن الرجعة استدامة الملك) ولا ملك بعد انقضاء العدة (ألا ترى انه سمي إمساكا) توضيح لما قبله ، بيانه إن شاء الله تعالى سمى الرجعة إمساكا ، وذلك بإجماع أهل التفسير (وهو الإبقاء) اي الإمساك (وإنما تتحقق الإستدامة في العدة ، لأنه لا ملك بعد انقضائها) فإذا انتقضت العدة لم يبق محل الإمساك والطلاق الرجعي في الحال سبب لزوال الملك عند انقضاء العدة ، والزوال محل حل المحلية عند استيفاء عدد الطلاق .

(والرجعة ان يقول) أي كيفية الرجعة أن يقول للذي طلقها طلقة أو طلقتين (لامرأته راجعتك) بالخطاب لها (أو راجعت امرأتي) أي او يقول راجعت امرأتي بالغيبة (وهذا صريح في الرجعة ، ولا خلاف فيه) اي في هذا يعني بالقول (بين الأئمة) أراد ان الرجعة بالقول تصح بالإجماع . وفي المحيط وكذا إذا قال ارتجعتك أو رجعتك أو رددتك أو مسكتك ، وهذه الألفاظ صريحة في الرجعة غير مفتقرة إلى النية . ومن الكنايات في الرجعة انت عندي كما كنت ، او قال انت امرأتي ونوى به الرجعة صار مراجعاً ، ذكره في الذخيرة .

قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر إلى فرجها بشهـوة ، وهذا عندنا . وقال الشافعي « رح » لا تصح الرجعة إلا بالقول مـع القدرة عليه ،لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده حتى يحرم وطؤها، وعندنا هو استدامة النكاح على ما بينـاه ،

وفي الحاوي عزاه إلى أحمد بن مقاتل الرازي قـاضي قضاة بغداد . وفي الروضة في حصول الرجعة براجعتك بلانية قـــولان لمالك ، كنكاح الهازل . واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج . وفي الذخيرة لو قـال راجعتك بمهر الف درهم وقبلت صحت ، وإلا فلا ، لأنها زيادة في المهر ، ويشترط قبولها . وفي المرغيناني والحاوي راجعتك على الف . قال أبو بكر لا يجب الألف ولا يصير زيادة في المهر ، كما في الإقالة .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (أو يطأها) اي أو يطأ التي طلقها (أو يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر إلى فرجها بشهوة) وفي المبسوط والذخيرة والتقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ، ولم يقيد الشهوة في التقبيل في الكتاب . وفي البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه . وأمـــا النظر إلى موضع الجماع من دبرها فليس برجعة ، واختلفوا في الدبر قيل ليس برجعة اليه اشار القدوري والفتوى على انه رجعة .

(وهذا عندنا) أي كون الرجعة بالوطء او بالمس بالشهوة او بالنظر إلى فرجهـا بالشهوة عند اصحابنا الحنفية ، وهو قـــول سعيد بن المسيب والحسن البصري ومحمد بن سيرين وطاوس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي . وقال مالك وإسحاق إن أراد به الرجعة فهو رجعة .

(وقال الشافعي لا تصح الرجعة إلا بالقول مـع القدرة عليه) اي على القول بأن لم يكن أخرس أو معتقل اللسان ، أما اذا كان كذلك فيصح بالاشارة ، وبه قـال أبو ثور والظاهرية ، وقول أحمد مضطرب . وفي الحلية هو رجعة كقولنا (لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده) اي عند الشافعي (حتى يحرم وطؤها) اي عنده (وعندنا هي) اي الرجعة . وفي بعض النسخ هو على تأويل الرجوع ، وتذكير المؤنث على التأويل سائغ ، كما في قولـــه ، ولا أرض اثقل اثقالها ، أي ولا مكان (استدامة النكاح على ما بيناه)

وسنقرره إن شاء الله تعالى ، والفعل قد يقع دلالة على الإستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح ، وهذه الأفاعيل تختص به ، خصوصاً في حق الحرة ، بخلاف المس والنظر بغير شهوة ، لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة ، فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها .

أي قوله ألا ترى انه سمي امساكا (وسنقرره ان شاء الله تعالى) أي في آخر هذا الباب عند قوله – والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء – (والفعل) نحو اللمس (قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار) فإن باعه على انه بالخيار ثلاثة أيام ، ثم وطئها في مدة الخيار يكون وطؤها دليلا على استدامة الملك ، فيسقط الخيار ، فكذلك في الطلاق الرجعي يدل الوطىء على استدامة النكاح ، بل أولى ، لأن هناك تحتاج إلى فسخ السبب المزيل وهو البيع ، وهنا لا تحتاج الى فسخ السبب المزيل ، وهو الطلاق ، لانه لا يقبل الفسخ .

(والدلالة فعل يختص بالنكاح) اي الدلالة تتحقق بفعل مخصوص بالنكاح لا بكل فعل (وهذه الأفاعيل) اي النظر إلى الفرج الداخل بشهوة والمس بشهوة والتقبل بشهوة (تختص به) اي بالنكاح فيقع دلالة (خصوصاً في حق الحرة) قيد بالحرة احترازاً عن الأمة ، لأن الحرة لا تحل هذه الأفاعيل بلا ثبوت نكاح ، فكانت مختصة بالنكاح ، فدلت على استدامة ملك النكاح ، بخلاف الأمة ، فإن هذه الأفاعيل تحل فيها بملك المتعة ، وملك اليمين أيضاً .

(بخلاف النظر والمس بغير شهوة ، فإنه قد تحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما) مثل الختانة والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة (والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة ، فلو كان) اي لو كانت هذه الأفاعيل من غير شهوة (رجعة لطلقها) لانه لا يريدها لتخلف الواقع (فتطول العدة عليها) وفيه ضرر بالمرأة ،

قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ، فإن لم يشهد صحت الرجعة . وقال الشافعي « رح » في أحد قوليه لا يصح ، وهو قول مالك « رح »

فلا يجوز لقوله تعالى ﴿ فامسكوهن بمعروف أوسرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ ٢٣١ البقرة .

فإن قلت قد ذكر هنا تقبيل الرجل ومسه إياها بشهوة ونظره إلى فرجها بشهوة ، فان قبلته المرأة بشهوة او لمسته او نظرت الى فرجه بشهوة كيف يكون حكمه . قلت قال شمس الائمة فى المبسوط تثبت الرجعة عندهما ، ولا تثبت عند أبي يوسف ، لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك ، وليس لها ولاية استبقاء الملك ، ولا يكون فعلها به رجعة ، وهما يقولان فعلها به كفعله بها ، فان الحل مشترك بينهما ، ولهذا تثبت المصاهرة بفعلها بهذه الأشياء ، فكذلك الرجعة .

(قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين) صورة الاشهاد ان يقول لاثنين من المسلمين اشهدوا اني قد راجعت امرأتي . وفي المبسوط استحباب الاشهاد على الرجعة قول ابن مسعود « رض » وعمار (فان لم يشهد صحت الرجعة) وبه قال مالك .

(وقال الشافعى فى احد قوليه لا يصح) أي لا تصح الرجعة بلا إشهاد ، وهو قوله القديم ، وقوله الجديد ان الاشهاد مستحب فيها كقولنا ، ذكره في المبسوط ، وفي الروضة الإشهاد ليس بشرط على الأظهر . وفي المحيط الإشهاد لازم عند الشافعي ، ولا يصح بمهر عنده . وفي المبسوط وفي أحد قولي الشافعي الإشهاد واجب ، وعن أحمد روايتان في الإشهاد ، وذكرها في المغني ولا يفتقر إلى ولي ولا مهر ولا رضاها ، وهو إجماع . وقال ابن حزم الإشهاد عند الرجعة شرط ، وإذا رجع ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها حتى انقضت عدتها بانت منه ، وفي الاشراف لم يختلف أهل العلم ان الإشهاد فيه سنة ، وان الرجعة إلى الرجل ما دامت في عدتها وإن كرهت ، وذلك بغير مهر ولا عوض .

(وهو قول مالك) اي قول الشافعي ، وهو قول مالك ، وقد ذكرنا ان قول مالك

لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق ،والأمر للإيجاب.
ولنا إطلاق النصوص عرى عن قيد الاشهاد، ولأنه استدامة للنكاح
والشهادة ليست بشرط فيه في حالة البقاء ، كما في الفيء في الايلاء،
إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها ، وما تلاه
محمول عليه ، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة

كقولنا (لقوله تعالى ﴿ واشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق ، والأمر للايجاب) في الحقيقة الاستدلال بهذه الآية للظاهرية ومن تابعهم ، لأن مذهب الشافعي في الأظهر وأحمد ومالك كقولنا إلا في رواية عن أحمد كقولهم .

(ولنا ان الطلاق المنصوص عرى عن قيد الإشهاد) المنصوص في قوله تعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ ٢٢٨ البقرة ، وقوله تعالى ﴿ فإمساك بمعروف ﴾ وقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها ، قاله عليه السلام لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين طلق ابنه عبد الله امرأته وكل هذا عارية عن قيد الاشهاد ، وفي الكافي وفي اشتراط الإشهاد زيادة على النص المطلق ، وهي فسخ فلا يجوز .

(ولأنه) اي ولأن الرجعة ذكر الضمير باعتبار الرجوع (استدامة للنكاح) اي طلب الدوام للنكاح (والشهادة ليست بشرط فيه) أي في النكاح (في حالة البقاء) أي بقاء النكاح (كما في الفيء في الإيلاء) حيث يصح بلا إشهاد (إلا انها) أي إلا ان الشهادة (تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها) أي في الرجعة (وما تلاه)الشافعي وهو قوله تعالى ﴿ واشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق (محمول عليه) أي على الاستحباب .

(ألا ترى) توضيح لما قبله (انه) أي ان الله تعالى (قرنها) اي قرن الرجعة (بالمفارقة) حيث قال الله تعالى ﴿ او فارقوهن بمعروف وأشهدوا ﴾ ٢٣١ البقرة ، اعترض بأن القران في التكلم لا يوجب القران في الحكم ، كما في قوله تعالى ﴿ اقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة . وأجيب بأن ذلك فيما إذا حكم على إحدى الجملتين

وهو فيها مستحب ، ويستحب أن يعلمها كيلا تقع في المعصية ، وإذا انقضت العدة فقـــال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة ، وإن كذبته فالقول قولها ، لأنه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال ، فكان متهماً إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة

المتقاربتين بحكم الجملة الأخرى ، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل من الجملتين مستقل بحكمها ، وإنما يعقبا جملة أخرى تعلقت بهما واحداهما ، فتقتضي تعلقها بهـــا من حيث الاستحباب ، فكذلك الأخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ في معنيين مختلفتين (وهـو فيها مستحب) اي الاشهاد يستحب في الرجعة ، وهو من وجه تكرار ، لأنه علم مما قبله .

(ويستحب أن يعلمها) أي يعلم المرأة بالرجعة (كيلا يقع في المعصية) وذلك أن المرأة إذا لم تعلم بالرجعة ربما تتزوج على زعمها إن زوجها لم يراجعها ، وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج ، فكانت عاصية وزوجها يكون مسيئاً بترك الإعلام ، ولكن مع هذا لو لم يعلمهـا صحت الرجعة ، لأنها استدامة القائم ، وليست بإنشاء ، فكان الزوج متصرفاً في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه ، يتوقف على علماً [كذا] علم الغير لغير ، قال فإن قيل كيف تكون عاصية بغير علم . أجيب بأنها إذا تزوجت بغـير سؤال وقعت في المعصية ، لأن التقصير جاء من جهتها .

(وإذا انقضت العدة) أي عدة المرأة المطلقة بالطلاق الرجعي (فقال) أي الزوج (كنت راجعتك في العدة فصدقته) أي فصدقت المرأة زوجها في ذلك (فهي راجعة) أي مقالة الزوج بذلك ، وتصديق المـــرأة إياه تكون رجعة لظهورها بتصادقها (وإن كذبته فالقول قولها ، لأنه) اي لأن الزوج (اخبر عما لا يملك إنشاءه في الحـــال) لأن العدة منقضية (فكان متهما) في دعوى الرجعة (إلا ان بالتصديق) أي بتصديق المرأة إياه (ترتفع التهمة) وهذا كالوكيل إذا قال بعد العزل قد كنت بعت حيث لا يقبل قوله ، بل يكون القول قول الموكل إذا صدقه الموكل ، بخلاف ما إذا قال في العدة قـــد كنت راجعتك أمس فأنكرت المرأة حيث يكون القول قوله ، لأنه أخبر بمـا يملك إنشاءه في الحال ، فإذا لم تثبت الرجعة في الأمس يصير كأنه راجعها في الحال .

ولا يمين عليها عند أبي حنيفة « رح » وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح . وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تصح لأنها صادفت العدة . إذ هي باقية ظاهراً إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ، ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ،

(ولا يمين عليها عند ابي حنيفة « رح » وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح) لم يبين هذه المسألة في كتاب النكاح ؛ بل قال في مسألة دعوى السكوت على البكر ، فلا يمين عليها عن ابي حنيفة ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، ثم قال وسيأتيك في الدعوى ، ومثل هذا لا يقال مر لأنه لم يكن ثمة للرجعة أثر .

(وإذا قال الزوج قد راجعتك في العدة ، فقالت مجيبة له) أى للزوج (قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة « رح ») هذا إذا قالت متصلا بكلام الزوج حتى لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتي ، وقال الزوج مجيباً لها موصولاً راجعتك لا تصح الرجعة بالاتفاق ، ذكره في شرح الطحاوي ، وبقول ابى حنيفة قال الشافعى وأحمد .

(وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة) أي زمان العدة (إذ هى باقية ظاهراً إلى ان تخبر) اي المرأة عملا باستصحاب الحال والرجعة فى العدة صحيحة (وقد سبقته الرجعة) اي وقد سبقت اخبارها الرجعة بانقضاء العدة ، فصحت الرجعة وسقطت العدة .

(ولهذا) أي ولأجل سبق اخبارها (لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق) لسبق اخبارها ، وقيل مثله الطلاق على الخلاف ، والأصح انه يقع لإقرار الزوج بالوقوع ، كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها فى العدة كان مصدقاً

ولأبي حنيفة «رح» انها صادفت حالة الانقضاء، لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء، فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء، وأقرب أحواله حال قول الزوج. ومسألة الطلاق على الخلاف، ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به.

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى

بخلاف الرجعة. وفي الروضة لو اتفقا على انقضاء العدة، واختلفا في الرجعة، والصحيح ان القول لها، وعليه الجمهور، ولو اتفقا على الرجعة يوم الجمعة، وقالت انقضت عدتي يوم الخميس، وقال الزوج يوم السبت قيل يصدق بيمينه امهي أم السابق بالدعوى فيه ثلاثة أوجه الصحيح الأول. ولو كانت العدة باقية فالصحيح ان القول قوله، لأنه يملك الانشاء فلا تهمة في الاخبار، وقيل القول قولها.

(ولأبي حنيفة رحمه الله انها) اي الرجعة (صادفت حالة الانقضاء) أي صادفت زمان انقضاء العدة، فلا تصح الرجعة زمان الانقضاء (لانها) أي لان المرأة (أمينة في الاخبار عن الانقضاء) أي أمينة في الاخبار عما في أرحامهن، قال الله تعالى ﴿ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ ٢٢٨ البقرة (فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب أحواله) اي اقرب أحوال الانقضاء (حال قول الزوج) لأن الاخبار يقتضى سبق المخبر عنه، ولا دليل على مقدار معين، فيعتبر حال قول الزوج، بخلاف ما إذا سكتت ساعة، فان أقرب احوال الانقضاء حال السكوت.

(ومسألة الطلاق على الخلاف) هذا منع لاستشهادهما بما لو قال لها طلقتك، فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق، يعني لا نسلم ان مسألة الطلاق على الخلاف ثم أشار إلى الجواب بطريق التسليم بقوله (ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء) اي بعد انقضاء العدة ان طلقها في العدة (والمراجعة لا تثبت به) أي او بالاقرار بعد الانقضاء، فإن فيه تهمة، لانه تصرف على حق الغير.

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى

وكذبته الأمـــة فالقول قولها عند أبي حنيفة « رح » . وقـالا القول قول المولى ، لأن بضعها مملوك له ، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج ، فشـابه الاقرار عليها بالنكاح ، وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة ، والقول في العدة قولها ، فكذا فيما يبتني عليها ، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ، وكذا عنده في الصحيـــح ، لأنها منقضية العدة في الحال ، وقد ظهر ملك المتعة للمولى ، ولا يقبل قولها في إبطاله ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة

وكذبته الامة ، فالقول قولها) أي قول الامة (عند ابي حنيفة « رح ») وبه قـال زفر والشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور .

(وقالا القول قول المولى ، لان بضعها مملوك له) اى للمولى (فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج) فلا مرد له (فشابه الاقرار عليها بالنكاح) اى شابه اقرار المولى على الامة بالنكاح بأن قال زوجت أمتى من فلان حيث يكون القول قوله (وهـو يقول) اي أبو حنيفة يقول (حكم الرجعة يبتني على العدة) إبقاء وانقضاء (والقـول في العدة قولها) دون قول المولى (فكذا فيما يبتني عليها) اي على العدة ولم يذكر الجواب عن الإقـرار بالتزويج لظهوره .

(ولو كان على القلب) اي لو كان الأمر أو الخلاف على القلب بأن صدقته الأمـــة وكذبه المولى (فعندهما) اي عند ابي يوسف ومحمد (القول قـول المولى ، وكذا عنده) أي وكذلك القول قول المولى عند ابي حنيفة (في الصحيح) من الروايـــة عنه (لأنها منقضية العدة في الحال ، وقد ظهر ملك المتعة للمولى) لأن منافع بضعها في الحال خالص حق المولى (فلا يقبل قولها في إبطاله) أي في إبطال حق المولى (بخلاف الوجه الأول) وهو الوجه الذي فيه صدق المولى الزوج وكذبته الأمة حيث يكون القول فيه قولها .

(لأن المولى بالتصديق في الرجعة) اي بتصديقه الزوج في الرجعة (مقر بقيام العدة

عندها ، ولا يظهر ملكه مع العدة . وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها ، لأنها أمينة في ذلك ، إذ هي العالمة به ، وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة كامل ، لان الحيض لا مزيد له على العشرة

عندها) أي عند الرجعة (ولا يظهر ملكه) أي ملك المولى (مع العدة) فلا يعتبر قوله (وإن قالت) أي الأمة (قد انقضت عدتي ، وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك ، فالقول قولها ، لأنها أمينة في ذلك) أي في قولها قد انقضت عدتي (إذ هي العالمة به) أي لأن الأمة هي العالمة بالإنقضاء ، وهو تعليل لكونها أمينة فيقبل قولها انقضت عدتي .

(وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) لأن انقطاع الرجعة تعلق بانقضاء العدة ، وهو تعلق بالخروج عن الحيضة الثالثة ، وهو تعلق بشرط حصوله الطهارة ، فإن كان أيام حيضها عشراً تحصل الطهارة بمجرد الانقطاع ، لأن الحيض لا يحتمل الزيادة على العشرة ، فلما حصلت الزيادة انقطعت الرجعة ، وإن لم تغتسل . وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في باب العدة ، وقد روي عن عمر وعلي وعبد الله وآخرين من الصحابة رضي الله عنهم ، ثم اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة .

(وإن انقطع) أي الحيض (لأقل من عشرة أيام لم تنقطع) أي الرجعة (حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل) بالرفع ، لأنه صفة الوقت . وفي الينابيع أو يمضي عليها وقت أقرب الصلاة مع القدرة على الإغتسال (لأن الحيض لا مزيد له على العشرة) هذا تعليل لانقطاع الدم من الحيضة لعشرة أيام ، اي لأن الحيض لا يزيد على

فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقطعت العدة وانقطعت الرجعة، وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم ، فلا بد أن يعتضد الانقطـــاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة ، بخلاف ما إذا كانت كتابية ، لانه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة، فاكتفى بالانقطاع ،وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ، وهذا استحسان . وقال محمد « رح » إذا تيممت انقطعت ،

عشرة أيام ، لأن ما زاد على العشرة استحاضة ، إلا إذا كان لها عادة تزيد على أيام عادتها، فيجوز أن تنقضي عدتها على العشرة إذا لم ينقطع على العشرة .

(فبمجرد الإنقطـــاع) أي بمجرد انقطـــاع الحيض لعشرة أيام (خرجت من الحيض فانقطعت العدة وانقطعت الرجعة) لأنها تنقضي بخروجها من الحيضة الثالثة وانقطعت الـرجعة لعدم بقاء المحلية (وفيما دون العشرة) أي انقطاع الحيض فيما دون العشرة أيام (يحتمل عود الدم) لأنه في مدة الحيض (فلا بد من أن يعتضد الانقطاع) أي يقوى (بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات) وهو وجوب الصلاة (بمضي وقت الصلاة) يعني ان الوقت إذا مضى صارت الصلاة فرضاً في زمنها ، وهو من أحكام الطاهرات مع القدرة على الإغتسال ، وفيه خلاف زفر .

(بخلاف ما إذا كانت) اي المرأة (كتابية) نصرانية أو يهودية (لأنـه) اي لأن الشأن (لا يتوقع في حقها) من التوقع عبارة عن انتظار وقوع أمر عن (أمارة زائدة) بفتح الهمزة ، أي امارة زائدة على انقطاع حقها عند تمام مدة حيضها (فاكتفى بالإنقطاع) أي بمجرد الإنقطاع ، لأنها لا تتكلف بالاغتسال ولا تجب عليها الصلاة (وتنقطع الرجعة إذا تيممت وصلت) يعني إذا انقطع دم المعتدة لأقـــل من عشرة أيام فتيممت وصلت مكتوبة او تطوعاً (عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وهذا استحسان) اي قولهما استحسان يعني الانقطاع لا يكون إلا بالتيمم والصلاة أيضاً .

(وقال محمد إذا تيممت انقطعت) أي بمجرد التيمم تنقطع الرجعة عنده ، وبه قال

وهذا قياس، لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته. ولهما أنه ملوث غير مطهر، وإنما اعتبر طهارة ضرورة لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية،

زفر (وهذا قياس) أي قول محمد هو القياس (لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة) لأنه يقوم مقام الماء عند عدمه (حتى يثبت) بالرفع لأن حتى هذه ليست الغاية (به) أي بالتيمم (من الأحكام) نحو دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف وجواز اداء الصلاة (ما يثبت بالإغتسال) أي الذي يثبت به وهو فاعل يثبت الذي بعد حتى (فكان) أى التيمم (بمنزلته) اي بمنزلة الإغتسال .

(ولهما) أى لابي حنيفة وابي يوسف « رح » (انه) أى التيمم (ملوث غير مطهر) يعني حقيقة لا شرعاً ، وإنما قال ملوث بحسب الغالب ، وإن كان يجوز بالحجر الأملس عند ابي حنيفة والرمل بالاتفاق ولا غبار ثم ولا تلويث (وإنما اعتبر طهارة) أى وإنما يعتبر التيمم طهارة وشرعاً (ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات) اى لأجل ضرورة تضاعف الواجبات لأنه لو لم يعتبر حتى يجد الماء لكان يمضي أوقات صلاة متعددة فيحصل الضرر (وهذه الضرورة) أى الضرورة المذكورة (تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات) أي لا يتحقق فيما قبل حال اداء الصلاة قد يكون قبلها طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة .

(والاحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية) هذا جواب عن حرف محمد ، يعني الاحكام التي ذكرها محمد أيضاً ضرورية تثبت اقتضاء، لأن الضرورية إذا تثبت تثبيت بجميع لوازمها، ومن لوازم ثبوت الصلاة عند أدائها انقطاع الحيض ، ومن لوازم انقطاعه مضى العدة ، ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته . وأما الجواب عن جعل أبي حنيفة وأبي يوسف التيمم ، هذا طهارة ضرورية . وفي باب الامة طهارة مطلقة ،

ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما ، وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة ، وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء إن كان عضواً فما فوق لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من عضو انقطعت . قال « رض » وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو أن تبقى ،

وجعل محمد بالعكس فقد مضى هناك مستوفى (ثم قيل تنقطع) اى الرجعة (بنفس الشروع) في الصلاة (عندهما) اى عند ابي حنيفة وأبي يوسف .

(وقيل بعد الفراغ) أي من الصلاة (ليتقرر حكم جواز الصلاة) وهو الصحيح ، لأن الحال بعد الشروع فيها كالحال قبله ، ألا ترى انه لو رأى الماء في الصلاة لا يبقى لتيممه أثر بخلاف ما بعد الصلاة ، كذا في المبسوط .

(وإذا اغتسلت) أي إذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة (ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء ، فإن كان عضواً) أى فإن كان الذى لم يصبه الماء عضواً (فما فوقه) أى فما فوق العضو (لم تنقطع الرجعة) استحساناً (وإن كان أقل من العضو) قال في المحيط نحو الاصبع ، وكذا بعض الساعد وبعض العضو دون العضو الكامل نحو اليد والرجل (انقطعت) اى الرجعة .

(قال « رض » وهذا استحسان) اى قال المصنف هذا المذكور استحسان . اعلم ان محمداً لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو فما فوقه أو ما هو دونه . وروي عن أبي يوسف في العضو فما فوقه بأن القياس أن تنقطع الرجعة ، وفي الاستحسان ان لا تنقطع ، وعند محمد فيما دونه ، فإن القياس يبقي الرجعة . وفي الاستحسان ان تنقطع ، فعلم أن على كل منهما قياس واستحسان ، فانظر الآن في عبارة المصنف كيف يفهم منها كل ذلك ، وهذا يدل على قوة حذقة ، وغاية إدراكه رحمه الله تعالى .

(والقياس في العضو الكامل ان لا يبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر) اى اكثر البدن وللاكثر حكم الكل ، فكأنها غسلت جميع البدن (والقياس فيما دون العضو ان تبقى)

لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ . ووجـــه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إلى الجفاف لقلتـــه فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، فقلنا انه تنقطع الرجعة و لا تحل لها التزوج أخذاً بالاحتياط فيهما ، بخلاف العضو الكامل ، لانـه لا يتسارع إليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا ، وعن أبي يوسف « رح » ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد « رح » بمنزلة ما دون العضو ، لان في فرضيتهما

أي الرجعة (لان حكم الجنابة والحيض مما لا يتجزأ) بأن يكون البعض بحكم الجواز والبعض بعدمه .

(ووجه الاستحسان وهوالفرق) بين العضو الكامل وما دونه (أن مـا دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول المـاء إليه) وفي المحيط حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه (فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج) تزوج آخر (أخذاً بالاحتياط فيها) أي في انقطاع الرجعة والتزوج (بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة ، فافترقا) أي العضو الكامل وما دونه .

(وعن أبي يوسف إن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو في قوله – والاستنشاق – بمعنى أو ، كما في قـوله تعالى ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ ٣ النساء ، بيان ذلك إذا اغتسلت عن الحيضة الثالث فيما دون العشر لكنها تركت المضمضةأو الاستنشاق، فعن أبي يوسف روايتان في رواية هشام عنه لا تنقطع الرجعة ، أشار بقولـه كترك عضو كامل ، حيث لا تنقطع الرجعة فيه .

وفي رواية أخرى رواها الكرخي تنقطع ، أشار اليها بقوله (وعنه) اى وعن ابي يوسف (وهو) أي ترك المضمضة والاستنشاق ، ولفظه هو في محل الرفـــع على الابتداء (وهو قول محمد) جملة معترضة بينه وبين خبره ، وهو قوله (بمنزلة ما دون العضو) أي بمنزلة ترك ما دون العضو ، حيث إذا تركه تنقطع الرجعة (لان في فرضيتها)أي فرضية

اختلافاً ، بخلاف غيره من الاعضاء ، ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة ، لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش،

المضمضة والاستنشاق في الغسل (اختلافاً) فإن عند مالك والشافعي هما سنتان في الغسل، وفي الوضوء أيضاً ، وعندنا واجبان في الغسل وسنتان في الوضوء ، وعند ابن أبي ليلى وعبد الله بن المبارك وأحمد وإسحاق فرضان فيهما جميعاً ، لكن قال أحمد الاستنشاق آكد من المضمضة فإذا كان فيهما اختلاف في فرضيتهما فالاحتياط في انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الاعضاء) فإنه لا خلاف لاحد في فرضيته .

(ومن طلق امرأته وهي حامل) أى والحال أنها حامل (أو ولدت منه)أي والحال أنها ولدت منه في نكاحها قبل الطلاق (وقال لم أجامعها فله الرجعة) ولا يعتبر قوله لم أجامعها (لان الحمل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه) لانها إذا كانت حاملا يوم الطلاق وظهر ذلك بأن ولدت لأقل من ستة أشهر فصار النسب ثابتاً منه (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (الولد للفراش) روى هذا الحديث عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنهم عنه أخرجه الائمة الستة من حديث سعيد بن المسيب عنه قال قال رسول الله ﷺ الولد للفراش وللعاهر الحجر . وفي لفظ البخارى الولد لصاحب الفراش .

وعن عائشة رضي الله تعالى عنها اخرجه الستة إلا الترمذى من حديث عروة عنها قالت اختصم سعيد بن أبي وقاص وعبد الله بن رافعة في غلام ... الحديث الولد للفراش. وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قام رجل فقال يا رسول الله ... الحديث ، وفيه الولد للفراش وللعاهر الحجر . وعن عثمان رضي الله تعالى عنه أخرجه أبو داود أيضاً فيه طول وفيه الولد للفراش . وعن أبى امامة رضي الله تعالى عنه أخرجه الترمذى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ، الولد للفراش وللعاهر الحجر .

وذلك دليل الوطء منه ، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً ، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى أنه يثبت بهـذا الوطء الإحصان ، فلأن تثبت بها الرجعة أولى ، وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبـل الطلاق

(وذلك) أي جعل العمل منه (دليل الوطء منه ، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً ، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك ، والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) بفتح الزاى وضمها لغتان فصيحتان ، قاله ابن دريد ، وأكثر مايقع الزعم على الباطل (بتكذيب الشرع) إياه وفيه بحث من وجهين ، أحدهما ان النسب يثبت دلالته وقوله – لم أجامعها – صريح ، والصريح يفوق الدلالة . والثاني انه أقر بقوله – لم أجامعها – سقوط حق مستحق له وتكذيب الشرع لم يرده كما لو أقر يعني لإنسان ثم اشتراهـا ثم استحقت في يده ثم وصلت اليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعاً .

أجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع ، والصريح من العبد ودلالة الشرع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع . وعن الثاني بان لم يتعلق بإقراره هـا هنا حق الغير والموجب للرجعة هو الطلاق بعـد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع ، بخلاف المسر المستشهد به ، فإن المانع ثمه موجود وهو تعلق حق الغير .

(ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة (انـه) اى ان الشأن (يثبت بهذا الوطىء الاحصان ، فلأن يثبت بها الرجعة اولى) بيان الاولويـة ان الاحصان له مدخل في وجوب العقوبة ، ومع هذا يثبت بهذا الوطء فلا تثبت بـه الرجعة ثبوت الاحصان كالامة النصرانية .

(وتأويل مسألة الولادة ان تلد قبل الطلاق) قال الاترازى هذه المسألة من خـواص الجامع الصغير ، ولو تبع المصنف لفظ محمد في الجامع الصغير ، وجعله كما هـو لا يحتاج إلى

لأنها لو ولدت بعــــده تنقضي العدة بالولادة فـــلا تتصور الرجعة ، فإن خلا بها وأغلق باباً او أرخى ستراً او قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة ، لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه ، والرجعة حقه ولم يصر مكذباً شرعـــاً ، بخلاف المهر المسمى يبتنى على تسليم المبـــدل لا على القبض، بخلاف الفصل الأول ،

التأويل ، وصورته في الجامع الصغير روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل تزوج امرأة ثم طلقها ، وهي حامل فقال لها لم أجامعها ، قال له عليها الرجعة ، وكذلك إن كانت ولدت قبل ذلك .

(لأنها لو ولدت بعد الطلاق تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة) لفوات المحل (فإن خلا بها) أي بالمرأة (إذا أغلق بابا وأرخى ستراً) ذكر وأرخى ستراً ، وذكر في كتاب الطلاق أو أرخى بكلمة أو ، وهو الصحيح ، لأن أحد الأمرين من إغلاق الباب وإرخاء الستر كاف في ثبوت الخلوة الصحيحة (وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة، لأن تأكد الملك بالوطىء وقد أقر بعدمه فيصدق في نفسه والرجعة حقه) فيصدق في حقه إذا قال لم أجامعها .

(ولم يصر مكذباً شرعاً) جواب عما يقال قد صار مكذبـاً شرعاً ، ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول ، وأجاب بقوله – ولم يصر مكذباً شرعاً (لأن تـأكد المهر المسمى يبتنى على تسلم المبدل) أي البضع (لا على القبض) أي قبض المبدل وهو الوطء يعني إن تأكد المهر بالخلوة الصحيحة لم يدل على كون الرجل واطئاً حكما ، لأن المهر يتأكـد بتسلم البضع ولا يتوقف على الوطء فـلم يلزم ثبوت الوطء بثبوت كال المهر ، وذلك ان المرأة قادرة على تسلم نفسها ، وليست بقادرة على جعل الرجل واطئاً ، فتأكد المهر بالتسلم دفعاً للضرر عنها .

(بخلاف الفصل الأول) مرتبط بقوله – ولم يصر مكذباً – والفصل الأول هـــو

فان راجعها معناه بعدما خلا بهـــا وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه ثبت النسب منه ، إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة ، فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون مـا بعده ، لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعـدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام ، فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعـــة

ثبوت النسب فبظهور الحمل حالة الطلاق او بالدلالة قبل الطلاق صار مكذباً شرعـاً في قوله لم أجامعها حيث جعله الشرع واطئاً حكماً ، لأن الـرجعة تنبىء عن الدخول ، وقد ثبت النسب فتثبت الرجعة ، لأنه لا نسب بلا ماء ، ولا مـــاء بلا دخول فثبتت الرجعة لوجود الدخول (فإن راجعها) معناه بعد ما خلا بها (وقال لم أجامعها ثم جاءت بولـد لأقـل من سنتين بيوم) أي من يوم الطلاق لا من يوم الرجعة (صحت تلك الرجعة) أي الرجعـــة السابقة (لأنه ثبت النسب منه) فيثبت الدخول لا محـــالة ، والطلاق بعد الدخول معقب للرجعة .

(إذ هي) أي لأن المرأة (لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن **هذه المدة**) ولا يكون ذلك إلا بالدخول (فنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده ، لأن على الإعتبار الثاني) وهو كونه واطئاً بعد الطلاق ، لأن المذكور الأول هو كونـه واطئاً قبل الطلاق (تزول الملك بنفس الطلاق) إلى عـدة (لعدم الوطء قبله) أي قبل الطلاق (فيحرم الوطء) لأنـه أنكره بعد الخلوة (والمسلم لا يفعل الحرام) ولا يرضاه بغيره فيحمل على الدخول قبل الطلاق حملاً لأمر المسلم على الصلاح .

(وإن قال لها) اي إن قال رجل لامرأته (إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولداً ثم أتت بولد آخر) لأقـل من سنتين بيوم أو أكثر (فهي رجعة) أي الولادة الثانية رجعة

معناه من بطن آخر ، وهو أن يكون بعد ستة أشهر ، وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقـر بانقضاء العدة ، لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول ووجبت العدة ، فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة ، لأنهـــا لم تقر بانقضاء العدة ، فيصير مراجعاً ، وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طـالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفه ، فالولد الأول طلاق والولـد الثاني رجعة وكذا الثالث ، لأنها إذا جاءت بالولد الأول وقع الطلاق وصارت معتدة ، وبالثاني صار مراجعاً لما بينا أنه

(معناه من آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين ما لم تقر بانقضاء العدة) كلمة ان للوصل ، يعني لما كان بين الولدين ستة أشهر لا يتفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في من أقل من سنتين، وبين ان يكون في أكثر من ثبوت الرجعة (لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه) أي من الزوج حال كونه (في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعاً) لأن العلوق الحادث بعد الطلاق في العدة معقب للرجعة .

فإن قيل ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقاً رجعياً لو ولدت لأقـل من سنتين بيوم لا تكون رجعة ، وفي الأكثر من سنتين تكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الأول دون الثاني . قلنا قد سقط هـذا الإحتمال هنا لأنهما إذا كان من بطنين كان الثاني من علوق حـــادث ضرورة ، ولا يصار مع الولد الأول من بطن واحـــد والإتحاد لا يثبت بالشك .

(وإن قال كلما ولدت فـــأنت طالق فولدت ثلاثـــة أولاد في بطون مختلفة) المراد من البطون المختلفة أن يكون بين الولدين ستة أشهر فصاعداً (فالولد الثاني رجعة ، وكذلك الثالث لأنهـــا إذا جـاءت بالولـــد الأول وقـع الطلاق وصارت معتدة) لأن العدة تعقب الطلاق (وبالثاني) أي وبالولد الثاني (صار مراجعاً لما بينا ، قيل انـه

يحمل العلوق بوطء حادث في العـــدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني ، لأن اليمـين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعاً لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالإقراء لأنها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق.

والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لأنها

يحمل العلوق من وطء حادث في العدة ، ويقع الطلاق الثاني بولادة الولــد الثاني ، لأن اليمين معقودة بكلمة كلما) وهي تقتضي تكرار الجزاء عند تكرار الشرط) ووجبت العدة ، وبالولد الثالث صار مراجعاً لما ذكرنا) إشارة إلى قوله – لأنه وقــع الطلاق عليها بالولد الأول ... إلى آخره – (وتقع الطلقة الثالثة بولادة الولد الثالث ، ووجبت العــدة بالاقراء) أي بالحيض .

(لأنها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق) وذوات الحيض عدتها بـالحيض ، ولو ولدت ثلاثـــة أولاد في بطن واحد يقع عليها طلقتان لا غير ، وتنقضي العدة بوضع الولد الثالث ، لان شرط الطلاقين وجد في الملك موقوفاً ، بخلاف الطلاق الثالث ، فإن شرطه وجد في غير الملك لعدم الرجعة ، قيل ذلك لانهم ولــــدوا في بطن واحد فلم يقع لوقوعه في غير الملك وانقضت العدة بالولد الثالث ، لانها وضعت جميع مـــا في بطنها الآن ، ولو ولدت ولدين في بطن واحد تطلق بالولد الاول واحدة ، وتنقضي العدة بالولد الثاني ، ولا يقع به الطلاق ، لانها حينئذ ليست بمنكوحة ولا معتدة .

(والمطلقة الرجعية تتشوف) لفظ محمد في الاصل والمعتدة من الطلاق الرجعيـــة تتشوف لزوجها (وتتزين) وقال ابن دريد شفت الشيء أشوفه شوفاً إذا جلوتــه ، ومنه قوله تتشوف المرأة إذا تزينت ، وفي ديوان الأدب رأيت النساء يتشوفن ، اي ينظرن ، أي يتطاولن ، وقيل التشوف التزين ، لكنه خاص بالوجه والتزين عام يستعمل في الوجه وغير . قلت إذا كان التشوف والتزيـــن بمعنى واحد يكون قـوله – ويتزين – عطف تفسيري ، وإذا كان التزين عاماً يكون عطف العام على الخاص (لأنها) أي لأن المـرأة

حلال للزوج ، إذ النكاح قائم بينهما ، ثم الرجعة مستحبة ، والتزين حامـــل عليها ، فيكون مشروعاً ، ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه ، معناه إذا لم تكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون مجردة ، فيقع بصره على موضع يصير به مراجعـــاً ثم يطلقها

(حلال له) اي للزوج (إذ النكاح قائم بينهما) اي لأن النكاح قائم بين الزوجين حتى يجري التوارث بينهما ، وكذا جميع أحكام النكاح ، ويدخل في قولـــه كل امرأة لي طـــالق .

(ثم الرجعة مستحبة) لما جاء في حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ، قال لعمر مر ابنك فليراجعها متفق عليه ، وروى أبو داود عن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها وجاء فيه أحاديث أخرى تدل كلهـــا على مشروعية الرجعة واستحبابها (والتزين حامل عليها) أي على الرجعة ، لان نظره اليها ليس بمحرم ، فربما إذا نظر إلى زينتها رغب فيها وراجعها (فيكون مشروعاً) أي إذا كان الأمر كذلك ، فيكون التزين مشروعاً بخلاف المعتدة من طلاق بائن ، حيث لا تتشوف له لحرمة النظر إليها وعدم مشروعية الرجعة .

(ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها) أي على التي طلقها زوجها (حتى يؤذنها) أي يعلمها بالتخلخ[1] ونحوه (أو يسمعها خفق نعليه) أي صوتهما حين يدخل من الباب ، وهو من خفق التراب خفقاً إذا اضطرب وهو لفظ مشترك ، يقـــال خفق النجم يخفق خفوقاً إذا ضاء وطلع ، ومن خفق النجم والقمر إذا انحطا وغربا ، وخفق القلب خفقاناً وخفق الـرجل خفقة إذا نعس ثم انتبه (معناه) أي معنى كلام القدوري (إذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على مـوضع يصير به مراجعاً) وهو الفرج ، لانه إذا وقع نظره على فرجها يكون مراجعاً (ثم يطلقها) بأن لم يكن من

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل وربما هي التنحنح .

فتطول عليها العدة ، وليس له أن يسافر بها يشهد على رجعتها .

وقال زفر « رح » له ذلك لقيام النكاح ، ولهذا له أن يغشاها عندنا .

ولنا قوله تعالى ﴿ ولا تخرجوهن من بيوتهن ﴾... الآية ١ الطلاق .

ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة ، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ،

قصده أن يراجعها (فتطول العدة عليها) فيحصل عليها الاذى بذلك ، لان فيه استئناف العدة . وقال محمد في المبسوط أكره ان يراها متجردة إذا كان لا يريد رجعتها وإن رآها لم يكن عليه شيء ، لان ما فوق الرؤية وهو الوطء حلال ، فالرؤية أولى .

(وليس له أن يسافر بها) أي بالمطلقة الرجعية (حتى يشهد على رجعتها ، وقال زفر له ذلك) أي للزوج أن يسافر بها (لقيام النكاح) ما لم تنقض العدة (ولهذا)أي ولاجل قيام النكاح (له أن يغشاها عندنا) أي له أن يجامعها .

(ولنا قوله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ... ﴾ الآية ١ الطلاق) وجه الاستدلال ان الآية نزلت في الطلاق الرجعي بالنقل عن أئمة التفسير ، أي لا تخرجوهن حتى تنقضي عدتهن من بيوتهن من مساكنهن التي يسكنها قبل العدة ، وهي بيوت الأزواج ، وأضيفت اليهن لاختصاصها بها من حيث السكنى ، فدلت ان إخراجهن للازواج لا يحل ، وكذا خروجهن بأنفسهن قبل انقضاء العدة فاحشة في نفسها .

(ولأن تراخي عمل المبطل) هذا دليل على جواز عدم المسافرة بها قبل الرجعة ، بيانه أن تراخي عمل المبطل الذي هو الطلاق (لحاجته) أي لحاجة الزوج (إلى المراجعة) إذ الطلاق يعني أن الطلاق معطل لملك النكاح ، فكان ينبغي أن يبطل النكاح زمان وجود الطلاق لأن حكمه تأخر إلى وجود الشرط وهو انقضاء العدة لحاجة الزوج إلى الرجعة .

(فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له) إلى الرجعة (فتبين أن المبطل للنكاح عمل عمله من وقت وجوده) أي وجود المبطل ، فمنع لذلك كالبيع الذي

ولهذا تحتسب الإقراء من العـدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج ، وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الإستحباب على ما قدمناه ، والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وقال الشافعي « رح » يحرمه ،

فيه الخيار ، وتأخر عمل البيع في اللزوم ، ثم بالإجازة يعمل من وقت البيع ، ولهـذا يملك الزوائد الحاصلة في مدة الخيار (ولهذا) أي ولأجل ان عمل المبطل من وقت وجود المبطل (يحتسب الأقراء من العدة) أي الأقراء المـاضية قبل انقضاء العدة تحتسب من العدة ، فلو كان عمل المبطل مقتصراً على انقضاء العدة لا تحتسب الاقراء الماضية من العدة، كما لا تحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق ، فـإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة ، لأنه شرط وقوع الطلاق ، فإذا كان كذلك (فلم يملك الزوج الإخراج) أي إخراجها إلى السفر ، لأنه عمل المبطل لما لم يكن مقتصراً على الإنقضاء كانت المرأة كالمبتوتة ، فلا يملك إخراجها كالمبتوتة تحقيقاً .

(إلا أن يشهد) الزوج (على رجعتهـا فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج) فلم يكره السفر . فإن قيل السفر بها دلالة الرجعة فتثبت الرجعة أشهد أو لم يشهد . أجيب بـأن كلامنا في رجل ينادي صريحاً بأنه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع وجود الصريح ، ثم كم الديباح [1] إخراجهن وخروجهن إلى السفر لا يباح أيضاً إلى مـا دون السفر لإطلاق النص المحرم .

(وقوله) أي قول محمد في الجامع الصغير (حتى يشهد على رجعتها معناه الإستحباب) يعني لا يريد به ان الاشهاد على الرجعة واجب ، بل الاشهاد مستحب عندنا (على مـا قدمناه) يعني في أوائل الباب عند قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين ، وإن لم يشهد صحت الرجعة .

(والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وقال الشافعي يحرمه) وبه قال أحمد في رواية ،

---

(١) هكذا الجملة في الأصل وربما هي ـ كما لا يباح ـ .

لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع ، وهو الطلاق . ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها ، لأن حق المراجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم ، وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة النكاح لا إنشاء، إذ الدليل ينافيه ، والقاطع أخر عمله إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم .

وقال الثوري والأظهر انه ليس بشرط على الأظهر (لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق) قال أبو نصر قال الشافعي فإن وطئها قبل الرجعة فعليه المهر (ولنا أنها) أي الزوجية (قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها ، لأن حق الرجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم) واليه أشار الله تعالى بقوله ﴿ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ ١ الطلاق ، قال الزمخشري الأمر الذي يحدثه الله تعالى أن يقلب قلبه من بغضها إلى محبتها ، ومن الرغبة عنها إلى الرغبة فيها ، ومن عزيمة الطلاق إلى الندم عليه فيراجعها ، والمعنى فطلقوهن بعدته واحصوا العدة لعلكم ترغبون وتندمون فتراجعون .

(وهذا المعنى) أي ثبوته نظراً للزوج (يوجب استبداده) أي استقلاله (وتفرده به) أى بحق الرجعة (وذلك) أي تفرد الزوج بحق الرجعة (يؤذن) أي يعلم (بكونه) أى بكون حق الرجعة (استدامة النكاح) أى طلب دوامه كما كان (لا إنشاء) أى ليس بانشاء نكاح جديد (إذ الدليل ينافيه) أى لان الدليل الدال على استبداده ينافي الإنشاء، إذ لو كان الرجعة إنشاء لم ينفرد الزوج بالرجعة بلا رضى المرأة أو رضى وليها .

(والقاطع أخر عمله إلى مدة) جواب عن قول الشافعي ان الزوجية زائلة لوجود القاطع ، تقريره أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية بأن أخر عمله إلى انقضاء العدة (إجماعاً) بدليل ان الرجعة بالقول تصح بلا رضى المرأة عند الشافعي أيضاً (ونظراً له) أى وأن القاطع أخر عمله إلى انقضاء العدة (على ما تقدم) بيانه وهو قوله تثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم .

فصل فيما تحل به المطلقة

وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها، لان حل المحلية باق، لان زواله معلق بالطلقة الثالثة، فينعدم قبله، ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه،

(فصل فيما تحل به المطلقة)

هذا فصل في بيان ما تحل به المطلقة المرأة. ولما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي، شرع في بيان ما يتدارك به غيره من الطلقات، ففي الحرة فيما دون الثلاث التدارك نكاح جديد. وفي الثلاث بإصابة الزوج الآخر بعد نكاحه، وكذا التدارك في الأمة في الشين بإصابة الزوج الآخر.

(وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث) بأن كانت واحدة بائنة أو ثنتين (فله) أي للزوج (أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها، لأن حل المحلية باق) أي لان حل المحل باق، لان محل النكاح انثى من بنات آدم مع انعدام المحرمية والشرك والعدة عن الغير (لان زواله) أي زوال المحل (متعلق بالطلقة الثالثة) وإذا وجدت الطلقة الثالثة (فينعدم قبلها) لقوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ ٢٣٠ البقرة، أي فإن طلق الثالثة (ومنع الغير في العدة) أي غير الزوج عن النكاح في العدة (لاشتباه النسب) أي لاجل اشتباه النسب صيانة (ولا اشتباه في إطلاقه) أي لا اشتباه ينسب في إطلاق الشارع الزوج في نكاح معتدته، هكذا فسره الاترازى والاحسن أن يقال ولا اشتباه في إطلاقه، أي في تجويز نكاح معتدته إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه، وذلك إنما يكون في معتدة الغير.

قال الاكمل واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة المياه قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فإنه لاشتباه في هذه المواضع، ولا يجوز التزوج في هذه المواضع في العدة. وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة والحكم يرى في الجنس لا في كل فرد لبيان العدة لوجود التخلف فيما ذكر من المواضع، انتهى. قلت أخذ هذا من كلام السغناقي ملخصاً.

وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة وثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها ، والاصل فيه قوله تعالى ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة والمراد الطلقة الثالثة. والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة ، لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ، ثم الغاية نكاح الزوج مطلقاً ،

(وان كان الطلاق ثلاثاً في الحرة وثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ، ويدخل بها) أى الطلقة الثالثة لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجاً غيره ، وأطلق الزوج ليشمل البالغ وغيره والمجنون وغيره ، إذا كان يجامع مثله ، وبذلك صرح في شرح الطحاوى ويذكر عن قريب ما فيه من المذهب والأقوال ، وإنما قيد بالنكاح الصحيح ، لان الزوج الثاني إذا تزوجها نكاحاً فاسداً لا تحل للأول ، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل ، لانه عز وجل قال ﴿ زوجاً غيره ﴾ والزوج المطلق هو الذى صح نكاحه .

(والأصل فيه) اى الاصل في هذه المسألة (قوله تعالى ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة) أى وإن طلقها الطلقة الثالثة بعدالتطليقتين المذكورتين في قوله تعالى ﴿ الطلاق مرتان ﴾ أى مرة بعد أخرى (والمراد الطلقة الثالثة) كما ذكرناهذا في حق الحرة.

(والثنتان) أى الطلقتان (في الامة كالثلاث) أى كالطلقات الثلاث (فيحق الحرة، لان الرق منصف لحل المحلية) إضافة التنصيف إلى الرق مجاز لمعنى أن الرقية سبب لتنصيف حل المحلية ، لكونه نعمة ، والطلقة الواحدة لا تتجزأ فكملت وقد مر بيانه قبيل باب الطلاق في فصل المحرمات أيضاً (على ما عرف) أى في الاصول (ثم الغاية) أى الغاية بكلمة حتى في قوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ (نكاح الزوج مطلقاً) يعني

والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح ، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص ، وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الإفادة ،إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور ، وهو قوله عليه السلام لا تحل للأول ، وحتى تذوق عسيلة الآخر

ذكر من غير قيد نصفه (والزوجية المطلقة) أى الكاملة (إنما تثبت بنكاح صحيح) لان الوطء يحرم في الفاسد ، ويجب التفريق .

(وشرط الدخول) هذا جواب عما يقال المشروط في قوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، مطلق النكاح ، فمن أين شرط الدخول ، فأجاب بقوله وشرط الدخول (يثبت بإشارة النص ، وهو أن يحمل النكاح) في قوله ﴿ حتى تنكح زوجاغيره﴾ (على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة) يعني لو حملنا النكاح على العقد في الآية يلزم ذكر العقد مرتين (إذ العقد استفيد بإطلاق إسم الزوج) في قوله تعالى ﴿ زوجاً غيره ﴾ وأيضاً في حمل النكاح على العقد يكون ذلك تأكيداً ،والتأسيس أولى من التأكيد .

فإن قيل يلزم أن تكون المرأة واطئة على هذا التقدير ، والمرأة موطوءة وليست بواطئة . أجيب بجواز إضافة الوطء اليها ، ولهذا تسمى زانية ،والزنا هو الوطء الحرام ، إلا أنه لا يشتهر استعماله . والحاصل ان المصنف استدل ها هنا في شرط الدخول بوجهين أحدهما بإشارة نص الكتاب على ما قررناه .

والآخر بقوله (أو يزاد على النص) أى على قوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره﴾ (بالحديث المشهور) وقد عرف جواز الزيادة على النص بالحديث المشهور كما عرف في الأصول (وهو) أي الحديث المشهور هو (قوله) أي قوله ﷺ (لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، قالت سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق زوجته فتزوجت زوجاً غيره

فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول ، قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول .

(روي بروايات) أي روي هذا بروايات مختلفة ، فروى الجماعة إلا أبا داود عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت إني كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وان ما معه إلا مثل هدبة الثوب ، فتبسم ﷺ وقال أتريدين ان ترجعي إلى رفاعة ، فقالت نعم ، قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك .

وفي لفظ الصحيحين أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات ... الحديث، وفي لفظ البخاري كذبت يا رسول الله إني لانقضها نقض الأديم ، ولكنها ناسرة تريد أن ترجع إلى رفاعة ، فقال عليه السلام فإن كان كذلك فلن تحلين له حتى يذوق من عسيلتك ... الحديث ، وروى مالك في موطئه عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير ابن عبدالرحمن بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها ، فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله ﷺ وقال لا يحل له حتى يذوق العسيلة .

وروى الطبراني في معجمه الأوسط من حديث هشام بن عروة عن أبيه قالت كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها وتزوجها رفاعة رجل من قريظة ثم فارقها فأرادت أن ترجع إلى عبد الرحمن بن الزبير فقالت والله يا رسول الله ما هو منه إلا هدبة ثوبي ، قال والله يا تميمة لا ترجعين الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره ، وهذا المتن عكس متن الصحيح .

وروى أبو موسى محمد الحافظ بن أبي بكر المديني في كتاب الأماني بإسناده إلى مقاتل ابن حيان قال قوله عز وجل ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، نزلت في عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضري كانت تحت رفاعة بن عتيك وهو ابن عمها فطلقها طلاقاً بائناً ، فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها ، فأتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن زوجي عبد الرحمن طلقني قبل أن

يمسني فأرجع إلى ابن عمي زوجي الأول ، فقال النبي ﷺ لا حتى يكون مس ، فلبثت ما شاء الله ان لبثت ثم رجعت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن زوجي الذي كان تزوجني بعد زوجي الأول كان قد مسني ، فقال النبي ﷺ كذبت بقولك الأول ، فلن أصدقك في الآخر ، فلبثت ثم قبض النبي ﷺ فأتت أبا بكر رضي الله تعالى عنه فقالت يا خليفة رسول الله ﷺ ارجع إلى زوجي الأول قد مسني ، فقال أبو بكر رضي الله عنه قد عهدت رسول الله ﷺ حين قال لك وسمعته حين أتيته وعلمت ما قال لك ، فلا ترجعي إليه ، فلما قبض أبو بكر رضي الله تعالى عنه أتت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فقال لها لئن اتيتني بعد مرتك هذه لأرجمنك .

واختلف في رفاعة ، قيل انه رفاعة بن شموال ، وقيل رفاعة بن وهب ، وفرق بينهما أبو جعفر بن أحمد بن عثمان بن أحمد المروزي المعروف بابن شاهين ، والظاهر أنها واحدة. وكذا اختلف في اسم المرأة ، فقيل اسمها ابهيمة التميمة والرميصاء والغميصاء .

(ولا خلاف فيه) أي في شرط الدخول (لأحد سوى سعيد بن المسيب) بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عايد بن عمران بن مخزوم القرشي المخزومي أبي محمد المديني سيد التابعين ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه مات سنة أربع وتسعين في خلافة الوليد بن عبد الرحمن وهو ابن خمس وسبعين سنة ، روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وأبو سعيد الخدري وأبو موسى الأشعري وأبو هريرة وكان زوج ابنته وأعلم الناس بحديثه وعائشة وأم سلمة وخولة بنت حكيم وفاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، وروى عن أبيه المسيب بن حزن وله صحبة .

وقال أبو حاتم ليس في التابعين أمثل من سعيد بن المسيب وهو اثبتهم في أبي هريرة رضي الله تعالى عنه وقول صاحب الهداية ، ولا خلاف فيه سوى سعيد بن المسيب ليس على إطلاقه ، لأنه تبعه في هذا بشر المريسي وداود الظاهرى والشيعة والخوارج ، ولكن لا يلتفت إلى هذا .

وقوله غــير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفـذ ، والشرط الإيلاج دون الإنزال لانـه كمال ومبالغة فيــه والكمال فيـه رائه[1] ، والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجـود الدخول في نـكاح صحيح ، وهو شرط بالنـص ، ومالك «رح» يخالفنا فيـه،

قال المصنف (وقوله غير معتبر) لأنه خلاف الاجماع ، وقال ابن المنذر لا نعلم أحداً قال من أهل العــلم بقوله إلا الخوارج ولا أسوغ لأحد المصير إليه . وقــال أبو بكر الرازي لا أعلم أحداً قال بقوله ، وقوله غير معتبر حتى لا يجوز لأحد أن يأخذ بقولــه لمخالفة الحديث المشهور . ولو أفتى مفت بقوله فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ذكره في الخلاصة (حتى لو قضى القاضي به) أي بقول سعيد بن المسيب في هــذا (لا ينفذ) ويرد عليه ويبطل. وذكر قاضي خان لا ينفذ قضاؤه. وفي القنية فقيه بمذهبه يعزر ، قال المتكلم والقاضي بديع يحتال في التطليقات ويأخذ الرشى ويزوجها للأول بدون دخول الثاني هل يصح النكاح ، قال وما جزاء من يفعل ذلك ، قالوا يسود وجهه ويعزر . وفي فتاوى النضر بن سعيد رجع عن مذهبه هذا ، وقال لعله لم يبلغه الحديث المشهور .

(والشرط) أي شرط حل المطلقة الثلاث للزوج الأول (الإيلاج) أي الإدخــال (دون الإنزال) يعني إنزال المني (لأنه كمال) أي لأن الإنزال كمال في الإيلاج (ومبالغة فيه) أي في الإيــلاج (والكمال قيد) يعني قيد للنص المطلق ، فلا يجوز ولا يثبت إلا بدليل ، ولا دليل عليه ، والدليل يدل على عدمه ، لأنه ذكر العسيلة وهو تصغير العسلة وهي كناية عن إصابة حلاوة الجماع ، وهي تحصل بالإيلاج ، فكان التصغير وإلا على عدم الشبع بالإنزال فاللذة بالجماع قبل الانزال ، وبالإنزال تزول اللذة وتفتر الرغبة فلا يشترط الانزال وشد الحسن البصري رحمه الله تعالى ، واشترط الانزال بظاهر الحديث .

(والصبي المراهق في التحليل كالبالغ) وبه قال عطاء والشافعي وابن المنذر (لوجود الدخول في نـكاح صحيح وهــو) أي النكاح الصحيح (هــو شرط بالنص) لأن الشرع علق حلها للزوج الأول بنكاح زوج آخر ، ووطئه وحصل ذلك (ومــالك يخالفنا فيه)

---

(١) هكذا في المتن ، وليس هو كما ورد في الشرح ، اهـ مصححه .

والحجة عليه ما بيناه . وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع امرأة وجب عليها الغسل وأحلهـــا للزوج الاول ، ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهي ، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين ، وهو سبب لنزول مائها، والحاجة إلى الإيجاب في حقها

أي في المراهق ، فإن عنده إنزاله شرط ولم يوجد ، وبه قـال حماد والحسن البصري كما ذكرنا (والحجة عليه) أي على مالك (ما بيناه) وهو قوله أن الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه . وقال الاترازي والحجة عليه قوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجـــاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، والمراهق يسمى زوجاً إذا وجد شرط النكاح . وقـال الكاكي والحجة عليه ما بيناه وهو الحديث المذكور ، وما ذكرناه هو الأنسب .

(وفسره) أي فسر محمد المراهق (في الجامع الصغير ، وقال غـلام لم يبلغ ، ومثله يجامع امرأة وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الأول) ، وهذا كله تفسير محمد في المراهق ، وفي الجامع قال محمد أودع صبياً يعقل ابن اثنتي عشرة سنة . قلت هذا ليدل على أن المراهق ينبغي أن يكون ابن اثنتي عشرة ، وكذا قال القاضي من الحنابلة .

(ومعنى هذا الكلام) أي الكلام الذى نقله عن محمد في المراهق (أن تتحرك آلته ويشتهي) أي الشرط آلة المراهق ويشتهي الجماع ، وإنما شرط ذلك لأنـــه عليه السلام شرط الذوق من الطرفين (وإنما وجب الغسل عليها) هذا جواب عما يقال إذا لم يكن الانزال شرطاً فلم يجب الغسل على المرأة ، فأجاب بقوله ــ إنمـــا وجب الغسل عليها ــ أي على المــرأة (لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائهـــا) فأقيم السبب الظاهر مقام المسبب الباطن وهو الانزال ، فيجب الغسل .

فإن قيل لا نسلم انه سبب ظاهـــر ، وإنما يكون كذلك إذا كان الشخص بالغـاً ، وكلامنا في غير البالغ . وأجيب بأن كلامنـــا فيما إذا كان الصبي تتحرك آلتـــه ويشتهي الجماع لا فيما دون ذلك .

(والحاجة إلى الإيجاب في حقها) أي الحاجة إلى إيجاب الغسل في حق المرأة ، لأن أمر

الغسل يبنى على الاحتياط وجماع مثله سبب ظاهر لانزال مائها فيجب الغسل عليها .

(اما لا غسل على الصبي) لعدم الخطاب (وإن كان) واصل بما قبله ، أي وإن كان الصبي (يؤمر به) أي بالغسل (تخلقاً) أي من حيث التخلق ليتعود به ويصير له نتيجة قبل بلوغه حتى لا يشق عليه عند بلوغه فروعــه . وفي الجواهــر للمالكيه لا يحل وطء صبي وإن كان يقوى على الجماع ، وهو قول أبي عبيد ، ويروى عن الحسن . وفي البسيط وأجمعوا على انه يحصل بوطء الصبي ويحصل باستدخال المرأة ذكر زوجها وهو نائم ،ولا يشترط الانتشار . وفي المحيط وطء الصبي والمجنون يحلها ، ووطء المجبوب لا يحلهـا إلا إذا حبلت .

وفي المبسوط في رواية أبي حفص إن كان المجبوب لا ينزل لا يحلها ولا يثبت نسب الولد منه ، لأنه إذا جف ماءه صار كالصبي أو دونه . وقيل هذا إذا جب ذكــره في الأصل ، ولو بقي بقدر الحشفة يولج في فرجها تحل . وذكر الاسبيجابي انه لو كان خصياً يجامع مثله حلت .

وفي المفيد وكذا المسلول ، وفي المدونة إن علمته بأنه خصي فوطئهـا حلت للأول وثبت إحصانها وإن لم تعلم لا يحلها ولا يثبت إحصانها ، وإن تزوجت شيخاً فلم تنتشر آلته فأدخلت في فرجها بإصبعها ان انتعش عمل حلت وإلا فلا . ولو لف آلته بخرقة وهي لا تمنع من وجود حرارة فرجها إلى ذكره يحل ، ذكره المرغيناني ولو كانت المرأة مفضاة وحبلت من الثاني حلت للأول لوقوع الوقاع في قبلها . ووطء النائمـة والمغمي عليها يحل عندنا . وفي أحد قولي الشافعي ، ذكره الثوري . والوطء في الدبر لا يحل ، ولو ادعت وصول المحلل صدقت ، ووطء الذمي الذمية يحلها للأول عندنا والشافعي وأحمد ، وبه قال الحسن والزهري والثوري وأبو عبيد . وقال مالك وربيعة لا يحلها ، ولو خلا بها الزوج الثاني أو مات عنها لا يحل .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (ووطء المولى أمته لا يحلها) بأن طلق رجل

لان الغاية نكاح الزوج ، وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

امرأته ثنتين وهي أمة للغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للأول (لأن الغاية نكاح الزوج) أى لأن غاية الحرمة نكاح الزوج، لقوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، لم يوجد ، لأن المولى لا يسمى زوجاً . وقال في شرح الأقطع روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه سئل عنه عن ذلك ، وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما فرخص ذلك عثمان وزيد ، وقالا هو زوج ، فقال علي رضي الله تعالى عنه مغضباً كارهاً لما قالا ، وقال ليس بزوج .

(وإذا تزوجها بشرط التحليل) بأن قال تزوجتك على ان أحللك أو قالت هي ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (لعن الله المحلل والمحلل له) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أخرج حديثه الترمذى والنسائى من غير وجه عن سفيان الثورى عن ابى قيس واسمه عبد الرحمن بن ثروان الاودى عن هزيل بن شرحبيل الأودى عن عبد الله ابن مسعود قال لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له ، قال الترمذي حديث حسن صحيح .

وعن علي رضى الله تعال عنه أخرج حديثه أبو داود والترمذى وابن ماجة الحارث عن علي رضى الله تعالى عنه قال لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له . وفى لفظ أبي داود فيه شك ، فقال أراه رفعه إلى النبى ﷺ ، وهو معلول بالحارث . قلت الحارث هو ابن عبد الله الأعور الخارفى الكوفى أبو ذرعة لا يحتج بحديثه ، وقال ابن المدينى الحارث كذاب. وعن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الترمذى عن مجالة عن الشعبي عن جابر نحوه سواه . وعن عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابن ماجة عن الليث بن سعد قال أبو مصعب مشرح بن هاعان قال عقبة بن عامر قال رسول الله ﷺ إلا أكبركم با حيش [1] المستعار ، قالوا بلى يا رسول الله يقال هو المحلل ، لعن الله المحلل

---

(١) هكذا الجملة فى الأصل .

والمحلل له ، قال عبد الحق فى أحكامه إسناده حسن . وقال الترمذى فى علله الكبرى الليث بن سعد ما أراه سمع من شرح بن هاعان شيئاً ، ولا روى عنه وعن ابي هريرةرضى الله تعالى عنه اخرج حديثه احمد والبزاز وابو يعلى الموصلي واسحاق بن راهوية فى مشاهدهم من حديث المقبرى عن ابى هريرة نحوه .

وعن ابى عباس رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابن ماجة عن عكرمة نحوه سواء ، (وهذا هو محله) يعنى الحديث هو الكراهية ، وقد استدل المصنف بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل وظاهره يقتضى التحريم ، وهو مذهب احمد ، ولكن يقال لما سمـــاه محللا دل على صحة النكاح ، لان المحلل هو المثبت للحل ، فلو كان فاسداً لما سماه محللا .

فإن قلت لم لعن مع حصول التحليل . قلت لأن التماس ذلك هتك للمروءة وإعارة التعيش في الوطء لعرض الغير رذيلة ، فإنه إنما يطأها ليعرضها لوطء الغير ، وهو قلة حمية ، ولهذا قال عليه السلام هو التعيش المستعار ، وإنمـــا يكون مستعاراً إذا سبق التماس من المطلق . وقال السروجي واختلف العلماء في معناه ، فقيل أراد به طالب الحل من نكاح المتعة والموقت ، وسماه محللا ، وإن كان لم يحلل لأنه يعتقد ويطلب الحل منه ، وأما طالب الحل من طريقة لا يستوجب اللعن . وقيل هـــو التزوج بلفظ الاحلال والتحليل . وفي الاسبيجابي لو تزوجها بنية التحليل من غير شرط حلت لـــلأول ، ولا يكره ، والنية ليست بشىء .

وقال بعض مشايخنا لو تزوجها ليحللها للأول ، فهو مثاب مأجور في ذلك ، حكاه المرغيناني وغيره ، لكن يرد عليهم أن المعروف كالمشروط ، ولا خلاف في كراهية المشروط . وفي الجواهر المعتبر نية المحلل دون المرأة والزوج الأول ، فيصير كاشتراطه في العقد ، فيفسد العقد ، ولو نكح بشرط الطلاق فسد العقد ، ولم تحل ، ويفسد بشرط عدم الوطء ، فإذا فسد فرق قبل البناء وبعده بطلقة بائنة ، ولها المسمى في الأظهر في البسيط ، وإن شرط

فإن طلقها بعدما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط . وعن أبي يوسف « رح » انه يفسد النكاح ، لأنه في معنى المؤقت فيه ، ولا يحلها للأول لفساده وعن محمد « رح » انه يصح النكاح لما بينا ، ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث ،

فيه طلاق قيل يبطل العقد كالمؤقت . ومنهم من قال يلغو الشرط ، ولا خلاف في انه لو قال زوجتك بشرط أن لا تزوج عليها أو لا تتسرى أو لا تسافر بها ، فالنكاح لا يفسد بذلك كله . ولو قال بشرط أن لا تطأها اختلفوا فيه وذكر التمرتاشي لو خافت ان لا يطلقها الثاني فتقول زوجت في نفسي منك على ان أمري بيدي اطلق نفسي كلما أريد ، ويقول تزوجت او قبلت جاز النكاح ، وصار الأمر في يدها .

(فإن طلقها) اي فإن طلقها محلل المرأة (بعدما وطئها حلت للأول) اي حلت المرأة للزوج الأول (لوجود الدخول في نكاح صحيح ، إذ النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة) وبه قال الحكم وعطاء وزفر .

(وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت فيه ، ولا يحلها للأول لفساده) وهو قول ابراهيم النخعي والحسن البصري وبكر بن عبد الله المزني وقتادة . وقال ابن المنذر روينا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قال لا أوتي بمحلل ولا محللة إلا رجمتها ، وقال ابن عمر لا يزالا زانيين وإن مكثا عشرين سنة . وعن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه انه قال ذلك السفاح ، وممن قال ولا يصح في ذلك إلا نكاح رغبة لا رهبة عند مالك والليث وابن حنبل واسحاق وأبو عبيد .

(وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا) أراد به قوله إذ النكاح لا يبطل بالشرط (ولا يحلها على الأول) أي لا يحل المحلل المرأة على الزوج الأول (لأنه استعجل ما أخره الشرع) وذلك لأن النكاح عقد عمر وشرط الطلاق خلافه (فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث) كما إذا قتل

وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث ، وهــذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا يهدم ما دون الثلاث ، لأنه غاية للحرمة بالنص

شخص مورثه ، فإنه يحرم الميراث ، لأنه استعجل ما أخره الشرع ، وذكر الترندويشي في الروضة أنها لو قالت أنا أزوجك نفسي لتجامعني ثم طلقني لأكون حلا لزوجي الأول. قال أبو حنيفة رحمه الله النكاح جـائز والشرط جائز ، فإن امتنع من تطليقها أجبره الحاكم على ذلك ، وتحلل للأول . وفي المرغيناني فالشرط يكره للأول والثاني مع جوازهما عند أبي حنيفة وزفر ، وعند أبي يوسف النكاح باطل ولا تحـل للأول ، وعند محمد تحل الثاني ، ولا تحل للأول . وفي المفيد والمزيد قـول محمد النكاح صحيح ، ولا تحل للأول لا يظهر له وجه .

(وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخـر ، ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين) والمراد بقوله يهدم الزوج إلى آخره ان المرأة بعده تصير بحالة لا تحرم حرمة غليظة (كما يهدم الثلاث) أي كما يهدم الزوج الثاني ثلاث طلقات جميعاً أو فرادى (وهذا عند أبي يوسف وأبي حنيفة) وهـو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعي وعطاء وشريح وميمون بن مهران .

(وقال محمد لا يهدم ما دون الثلاث) يعني أنها تصير بحالة تحرم حرمة غليظة لما بقي من الطلقات الثلاث ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وزفر وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، والمسألة مختلفة بين الصحابة كما ترى . وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي أخذاً لكبار من الفقهاء بقول الكبار من الصحابة (لأنه) أي لأن نكاح الزوج الثاني (غاية الحرمـة بالنص) يعني

فيكون منهياً ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت ، ولهما قوله عليه السلام
لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللاً ، وهو المثبت للحل

قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، لأن حتى حرف موضوع للغاية والمغيا ينتهى بالغاية (فيكون) أي الزوج الثاني (منهياً للحرمة) وهو بضم الميم اسم فاعل من الإنهاء .

(ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت) أي لا يكون بوطء الزوج الثاني عبرة قبل التطليقات الثلاث ، لأن الحرمة غير ثابتة ، ولا شيء معها ، لأنه لا يتجزأ ثبوتها فلاحرمة قبل الثلاث ، فلا يكون الوطء غاية لها ، وهذا كقوله والله لا أكلم فلاناً في رجب حتى استشير فلاناً فاستشاره قبل رجب لم يعتبر في حق اليمين ، إذ اليمين أوجب تحريم الكلام بعد رجب إلى غاية الاستشارة فقبل رجب لا حرمة فلا تكون الاستشارة غاية لها .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له ، سماه محللا) أي سماه الشارع محللا ، أي جاعل المحلل حلالاً لا يكون إلا بإثبات الحل فيه (وهو المثبت للحل) أي الزوج الثاني هو مثبت للحل ، يعني الحل الجديد لأنه لا يجوز أن يكون المراد الحل السابق ، لأنه تحصيل الحاصل وهو فاسد ، لأن الحل السابق موجود فيما دون الثلاث فصارت المرأة بالزوج الثاني ملحقة بالأجنبية فلم تحرم على الزوج الأول إلا بثلاث تطليقات ، لأن حكم الحل الجديد هذا وقد ذكر الاترازي أسئلة وأطال الكلام فيه ملخص كلامه في السؤال الاول : منع كون المراد بالمحلل هو الزوج الثاني لعدل ما يدل عليه ، ويجوز أن يكون المراد نكاح المتعة بقرينة اللعن ، لانه كان مشروعاً ثم انتسخ. والجواب ان الذي نقلوا هذا الحديث ثقات حكمافكما يقبل نقلهم في نقل الحديث ، فكذا يقبل نقلهم فيمن جاء فيه الحديث ، وقد أورده في باب ما جاء في الزوج الثاني .

السؤال الثاني : منع كون المراد بالمحلل الزوج الثاني مطلقاً ، لانه أريد به قبل الطلاق الثلاث ، فهو ممنوع ، لانه غير محلل قبله لوجود الحل ، وإلا أريد بعد الثلاث فمسلم لكنه لا يفيد ، لان النزاع فيما دون الثلاث . والجواب ان المراد به الزوج الثاني

مطلقاً عملا بإطلاق الحديث ، ولا نسلم نفى كونه محللاً قبل الطلاق الثلاث ، لأنه يثبت حلا جديداً ، بحيث لا يحرم عليه إلا بثلاث تطليقات مستقلات ، فلا يلزم تحصيل الحاصل .

السؤال الثالث : أن الحديث متروك العمل بالظاهر ، لان الزوج الثانى بعد الطلقات الثلاث لا يثبت الحل ، لم توجد الإصابة . والحديث يثبته مطلقاً ، فكانت الاصابة هى المثبتة للحل دون الزوج الثانى . والجواب منع من باب ترك العمل بظاهره ، لانه من باب التخصيص ، لان ما قبل الاصابة خرج عن عمومه بحديث العسيلة ، فبقى الثانى على عمومه فيما دون الثلاث .

والسؤال الرابع : ان الحديث إذا كان مقتضياً للحل الجديد يلزم المعاوضة بقوله تعالى ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ٢٤ النساء ، لانه يقتضى الحل مطلقاً في عموم الاوقات بالحرمة التي تثبت بثلاث تطليقات مغياة إلى غاية الزوج الثانى ، فإذا انتهت به ثبت الحل الاصل بالسبب السابق ، فلا حاجة إلى سبب مبتدأ . والجواب منع ثبوت الحل بالسبب السابق ، فلا حاجة إلى سبب مبتدأ . والجواب منع ثبوت الحل بالسبب السابق (١) عند انتهاء الحرمة من كل بد لجواز ثبوته بسبب آخر إذا دل الدليل عليه ، وقد دل إذ لو كان ثبوت الحل بالسبب السابق لم يكن الزوج الثانى محللا ، وقد سماه رسول الله ﷺ محللاً .

وها هنا سؤال آخر ذكره تاج الشريعة مع جوابه ، وهو ان المحلل هو الذى يثبت الحل ، وإثبات الحل يقتضي عدمه ، إذ اثبات الثابت محال . والجواب ان اثبات الثابت إنما لا يعتبر إذا لم يفد ، اما إذا أفاد فيعتبر ، الا ترى ان بيع الانسان ماله بماله لا يفيد ، وكذا شراؤه بماله ، أما إذا افاد فيعتبر كما اذا اشترى ماله من المضارب قبل أن يظهر فيه ربح ، وان كان ماله لما انه يفيد ملك التصرف .

---

(١) هكذا في الاصل ، الجملة مكررة . اهـ مصححه .

وإذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي ، والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به ، وقول الواحد فيهما مقبول ،

(واذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر فدخل بى الزوج الثانى وطلقنى وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك) هذه من مسائل القدورى رحمه الله تعالى ، والمراد من قوله ودخل بى الزوج الثانى والمدة التي تحتمل ذلك تأتي عن قريب (جاز للزوج الاول) جواب اذا (أن يصدقها اذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) قال الاترازى كلامه يوهم بأن اخبارها مقبول وان تكن عدلاً ، لانه أطلق فى التعليل ، وليس الامر كذلك ، فإن الرواية منصوصة فى آخر كتاب الاحسان ، بأن الزوج الأول لا بأس عليه أن يتزوجها إذا كانت عنده ثقة أو وقع في قلبه انها صادقة ، انتهى .

قلت استدلاله برواية كتاب الاستحسان يرد عليه قوله – وليس الأمر كذلك – لأنه ذكر فيه كونها ثقة أو وقوع صدقها في قلبه ، وقد صرح بذلك القدوري بقوله إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة ، وتعليله مقيد بهذا الوجه ، وليس بمطلق حتى يترتب عليه الوهم الذي ذكره .

(لأنه) أي لأن النكاح (معاملة) لكون البضع متقوماً عند الدخول ، وإذا كان معاملة فخبر الواحد مقبول فيها بشرط التمييز كالولايات والمضاربات والإذن في التجارة (أو أمر ديني لتعلق الحل به) اي بالنكاح ، ويقبل قولها فيه أيضاً كما أخبرت بنجاسة الماء وطهارته وروت حديثاً (وقول الواحد فيها مقبول) أي في المعاملة والأمر الديني ، أما في الديانات فلأن الصحابة كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد ، وأما في المعاملات فعلى نوعين ، الأول : هي التي ليس فيها معنى الإلزام كالوكالات ونحوها كما ذكرنا ، فيعتبر فيها خبر مميز عدلاً كان أو فاسقاً ، صبياً كان أو بالغاً ، مسلماً كان أو كافراً ، حراً كان او عبداً ، ذكراً كان ام انثى من غير اشتراط العدد والعدالة دفعاً للضرورة .

وهو غيرمستنكر إذا كانت المدة تحتمله . واختلفوا في أدنى هذه المدة،

النوع الثاني : الذي فيه إلزام من حقوق العباد ، فيشترط فيه العدد والعدالـة وتعيين لفظ الشهادة ، لأنها تبنى على المنازعة فاحتيج إلى زيادة التوكيد دفعاً للتزوير والحيل .

(وهو غير مستنكر) اي اخبار المرأة المذكورة غير أمر مستنكر فيه (إذا كانت المدة تحتمله)أي إذا كانت المدة التي ذكرتها تحتمل ذلك،لأن القول قول الأمين فيما لا يستنكر (واختلفوا في أدنى هذه المدة) أي اختلف أبو حنيفة وصاحباه في أدنى المدة التي تصدق المعتدة في انقضاء العدة .

واعلم ان الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم اختلفوا في المدة التي تصدق المـرأة في انقضاء عدتها على أقوال ، الأول : قال أبو حنيفة أقلهـــا شهران وثلاث حيض بشهر وطهران بشهر وثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوماً وثلاث حيض بخمسة عشر يوماً كل حيضة خمسة أيـــام .

الثاني : قال أبو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوماً طهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتباراً لأقل الحيض .

الثالث : قال شريح لو ادعت انها حاضت ثلاث حيض في شهر او في خمسة وثلاثين يوماً فجاءت ببينة من النساء العدل من بطانة أهلها انها رأت الحيض وتغتسل عند كل صلاة وتصلي فقد انقضت عدتها .

الرابع : قال الشافعي انها تصدقت في أقل من اثنين وثلاثين يومـــاً ، هذا مذهبه أو قول منه ذكره ابن المنذر .

الخامس : قال أبو ثور لا تصدق في اقل من سبعة وأربعين يوماً على ان أقل الحيض يوم، وأقل الطهر خمسة عشر يوماً .

السادس : قال مالك أربعون يوماً ، ذكره في الجواهر .

السابع : قال إسحاق بن راهوية وأبو عبيد ان لهـــا اقراء معلومة يعرفها بطانة أهلها تصدق على تشهد به وإلا تصدق في اقل من ثلاثة أشهر .

الثامن : قال الحنابلة اقله تسعة وعشرون يوماً قالوا هذا ان قلنا اقل الطهر عشرة أيام.

فإن قلنا خمسة عشر يوماً يزاد اربعة ايام فيكون ثلاثة وثلاثين . وإن قلنا اقـــل الطهر ثلاثة عشر يوماً يزاد على ذلك اربعة ايام فيصير اثنين وثلاثين وصارت الأقوال فيه إحدى عشر يوماً .

(وسنبينها في باب العدة إن شاء الله تعالى) أي سنبين تلك العدة في باب العدة،وقال الاترازي هذا وعد لم يتحقق بالإنجاز . وقال السغناقي في الحوالة وقعت غير رائجة ، لأنه ما قال في عدة هذا الكتاب حتى تقع الحوالة غير رائجة . قال الأكمل في رد كـــلام السغناقي في الحوالة ورد من حيث اللفظ والمعنى . اما الرد فلأن مثل هذا يسمى وعداً لا حوالة ، فكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز ، واما المعنى فإنه لم يقل في باب العدة من هذاالكتاب،فيجوز ان يكون وعده منجزاً في باب العدة من كتاب آخر ، انتهى . قلت الذي من جهة المعنى اخذه من شيخه الـكاكي ، ومع هذا لم يجب احد منهم عن هـذا ، ويمكن ان يقال انه وعد ، ولكنه ذهل عن وفائه بسبب اشتغاله بغيره من الكتب .

* * *

باب الايلاء

وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك ، أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول

(باب الايلاء)

اي هذا باب في بيان حكم الايلاء ، وهو مصدر من آل يولي إيلاء ، اي حلف ،والإسم الآلية . قال الكاكي الايلاء والآلية اليمين لغة ، وجمعوا الاياء ، وجمع الآلية اليـات كركبة أركبات . وقـال الجوهري الأولياء لا يرد ، يعني حلف ، والالية اليمين لغة على فعيلة ، والجمع الإلياء، وكذلك الألـوة بتثبيت الهمزة . قلت اصل الإيلاء الأولاء قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها . وفي المرغيناني الحلف على الامتناع والحلف اليمين على الفعل والقسم اليمين فيهما .

ثم الإيلاء تفسير شرعـاً وهو الحلف على ترك قربان المنكوحة على ترك اربعة اشهر فصاعداً، وشرط وهو كون اليمين معقوداً على المنكوحة ، واهل وهو ان يكون من أهل الطلاق، وحكم وهو تعلقه بالحنث المتعلقة بالكفارة ،ومدة وهي أربعةأشهر عند الجمهور ، على ما يأتي الخلاف فيه ، وسبب هو قيـام المشاجرة وعـدم الموافقة كما في سبب الطلاق الرجعي .

وقال الاترازي كان القياس ان يذكر الخلع قبل الايلاء ، لأن الخلع نوع من الطلاق ، إلا انه لما كان لغرض تباعد عن الطلاق فأخر عن الايلاء ، وقـدم الخلع عن الظهار ، لأن الظهار منكر من القـول وزور ، وليس الخلع كذلك ، ثم قدم الظهار على اللعان ، لأن الظهار اقرب إلى الاباحة من اللعان ، بدليل ان سبب اللعان وهو القذف بالزنا لو اضيف إلى غير الزوجة يجب الحد ، والموجب للحد معصية محضة بلا شائبة لأحد .

(إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول)

لقوله تعالى ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾ ... الآية ٢٢٦ البقرة ، فإن وطئها في الأربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة ،

أصله مولي فاعل إعلال قاض ، وهنا صورتان ، وهما قوله لا اقربك أبداً ففيها هو مول إجماعاً ، والثاني قوله لا أقربك اربعة اشهر ففيها هو مول عندنا ، خلافاً للشافعي ومالك واحمد وإسحاق ، فإن عندهم لا يكون مولياً حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر بناءعلى ان الفيء عندهم بعد اربعة اشهر فلا بد من مدة زائدة على اربعة اشهر حتى يزيد يوماعند مالك ولحظة عند الشافعي ، ويرد قولهم ظاهر القرآن حيث لم يجعل التربص اكثر من اربعة اشهر وعشراً في عدة الوفاة وثلاثة قروء في عدة الطلاق ، فلا يجوز الزيادة في هذين التربصين ، فكذا في مدة الايلاء .

ثم اعلم ان عند الأئمة الأربعة واصحابهم والجمهور الايلاء لا يكون بغير يمين ولا تعليق، وعند ابن المسيب ويزيد بن الاصم من ترك جماع امرأته بغير يمين يصير مولياً،نقله الرازي في احكام القرآن ، وعن بعض العلماء لو حلف لا يكلمها يكون مولياً ، وهذا كله شاذ مخالف للنص .

(لقوله تعالى ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤوا ﴾ ... الآية ٢٢٦ البقرة) اي اقرأوا، تمام الآية وهو ﴿ فان الله غفور رحيم ﴾ وبعدها ﴿ وإن عزموا الطلاق فان الله غفور رحيم ﴾ وبعدها ﴿ وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ﴾ قال الواحدي في كتاب أسباب نزول القرآن بإسناده إلى عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال كان إيلاء اهل الجاهلية السنة والسنتين او اكثر من ذلك فوقت الله تعالى اربعة اشهر، فمن كان إيلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء ، ثم حكي عن ابن المسيب انه قال كان الايلاء ضرار اهل الجاهلية ، كان الرجل لا يريد المرأة ولا يحب ان يتزوجها غيره، فيحلف أن لا يقربها ابداً ، وكان تركها كذلك لا إيماء ولا ذات بعل ، فجعل الله تعالى الأجل به ما عند الرجل في المرأة اربعة اشهر ، وانزل ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾ ... الآية .

(فان وطئها في الاربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) اي كفارة اليمين

لان الكفارة موجب الحنث وسقط الإيلاء، لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة. وقال الشافعي «رح» تبين بتفريق القاضي،

(لأن الكفارة موجب الحنث) والايلاء حلف وقد حنث فيه فتلزمه الكفارة في المبسوطين . قال الشافعي لا كفارة عليه ، ويحنث في يمينه ، لان الله تعالى وعد المغفرة وفعل ما صار مغفوراً لا تجب الكفارة . قلنا المغفرة في الآخرة، فلا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا ، ولكن هذا في قوله القديم ، وفي الجديد تجب الكفارة وهو الاصح كمذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد والجمهور . وقال الحسن البصري لا كفارة عليه في ذلك ، وقال قتادة خالف الحسن الناس .

(وسقط الايلاء ، لان اليمين ترتفع بالحنث) وهذا بالإجماع (وإن لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة بائنة) وهو قول جابر بن زيد ومسروق وشريح وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وعامر الشعبي وعبد الرحمن الاوزاعي وسفيان الثوري وقبيصة بن ذؤيب وعكرمة [1] وعلقمة وابن جريج وابن ابي ليلى . وفيهم من قال يقع طلقة رجعية ، وهو قول سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام ومكحول والزهري ، هكذا في الاشراف وفي المحلى هذا عن ثلاثة لا غير ،وهم الزهري ومكحول وأبي بكر المذكور .

(وقال الشافعي تبين منه بتفريق القاضي) يعني يتوقف بعد مضي المدة ، وإذا أبى من الفيء والفرقة فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة كان تفريقها تطليقة رجعية . وفي المبسوط تطليقة بائنة . قال الكاكي وما وجدت ذلك في كتبهم إلا عند مالك لا رجعة له عليها إلا ان يطأها ولا يطلقها الحاكم ثنتين او ثلاثاً او يفسخ النكاح . وقال احمد الحاكم ان يطلقها رجعية أو بائنة او ثنتين او ثلاثاً او يفسخ النكاح ، والمختار عنده أن يطلقها رجعية كما قال الشافعي ومالك ، وقالت الظاهرية لا يطلق الحاكم تطليقة

---

(١) في الأصل – عكة – وربما الصحيح ما اثبتناه .

لأنه مانع حقها في الجماع، فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة. ولنا أنـه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكـاح عند معنى هـــذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة

بائن، ولكن يجبره بسوط ويحبسه إلى ان يفيء ويطلقها، وبه قال الشافعي في القديم. وقال ابو ثور يطلقها الحاكم طلقة بائنة إذ لا فائدة في الرجعة، فانه لا يراجعها ويعود الامر فصار كفرقة العنة.

(لانه) اي لان المولي (مانع حقها في الجماع) اي ثبوت الايلاء بقصده الاضرار والتعنت منع حقها في الجماع (فينوب القاضي منابه في التسريح) بالاحسان (كما في الجب والعنة) اى ينوب القاضي منابه في التفريق فيما إذا وجدت زوجها مجبوباً او عنيناً. وجه القياس دفع الضرر عنها عند فوت الامساك بالمعروف.

(ولنا انه ظلمها بمنع حقها) والمستحق عليه وهو الوطء في المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة) تخليصاً لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائناً، ولان الايلاء كان طلاقاً بائناً على الفور في الجاهلية، بحيث لا يقربها الزوج بعد الايلاء ابداً فجعله الشرع مؤجلا بقوله تعالى ﴿ تربص اربعة اشهر ﴾ الى انقضاء المدة، فحصلت الاشارة الى ان الواقع بالايلاء بائن لكنه مؤجل.

(وهو المأثور) اي مذهبنا، وهو وقوع البينونه بعد مضي مدة الإيلاء مروي (عن عثمان وعلي) اما المأثور عن عثمان فقد رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة عن عبد الرحمن ان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما كانا يقولان في الإيلاء إذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة، وهي احق بنفسها، وتعتد عـــدة المطلقـــة (والعبـــادلة الثلاثة) وهم عنـــد الفقهـــاء وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهم، وعند المحدثين هم اربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود، لأنه من كبار الصحابة، فلا يدخل فيهم، كذا في المغرب.

وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين ، وكفى بهم قدوة ، ولانه كان طلاقاً في الجاهلية ، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة ، فإن كان حلف على أربعة أشهر ،

وقال الاترازي وفيه نظر ، لأن مالكاً حدث في الموطأ عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه انه كان يقول إذا آلى رجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق . فإن مضت الأربعة الأشهر حتى توقف ، فإما ان يطلق ، وإما ان يفي ، وكذلك روى البخاري في الصحيح انه لا يقع الطلاق ، حتى يطلق ، ونقل ذلك عن عثمان وعلي وابن عمر وأبي الدرداء وعائشة ، واثني عشر رجلا من اصحاب النبي ﷺ ، فعلم أن عثمان وعلي وابن عمر ليس كما قال صاحب الهداية ، على ما قال البخارى ، انتهى . قلت روى ابن ابي شيبة في مصنفه ، حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهم .

وقالا إذا آلى فلم يف حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ، وأخرج نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابي سلمة رضي الله تعالى عنهم ، انتهى . قلت قد علم ان الذي قاله صاحب الهداية عن ابن عمر مثل ما قاله ، وكذلك الذي قاله عن عثمان وعلي مثل ما قاله ، كما مر الآن عن عبد الرزاق .

(وزيد بن ثابت) وقد مر الآن عن عبد الرزاق الذي رواه زيد بن ثابت بن الضحاك الانصاري كاتب وحي النبي ﷺ (وكفى بهم قدوة) اي وكفى بهم قدوة ، اي كفى بالمذكورين من عثمان وعلي والعبادلة وزيد بن ثابت اقتداء ، وكذلك غيرهم من الصحابة والتابعين على اصحابنا .

(ولأنه) اي ولأن الايلاء (كان طلاقاً في الجاهلية ، فحكم الشرع بتأجيله إلى ان تنقضي المدة) المذكورة في النص ، فإن فاء في المدة حنث في يمينه وتلزمه الكفارة وإلا تقع طلقة بائنة بمضي المدة كما مر بيانه .

(فإن كان حلف على أربعة اشهر) اي فإن كان الرجل حلف وقال والله لا اقربك اربعة اشهر ، وهذا الفصل حكم الإيلاء على تقدير عدم الوطء في المدة ، وهو ان يقال لا

فقد سقطت اليمين ، لانها كانت موقتة به ، وإن كان حلف على الابد فاليمين باقية ، لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به ، إلا أنــــه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج ، لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة ، فإن عاد فتزوجها

يخلو من أحد الأمرين احدهما ان يحلف على اربعة اشهر فمضت المدة (فقد سقطت اليمين، لانها كانت موقته به) اي يحلف على اربعة اشهر ، والآخر هو قوله (وإن كان حلف على الأبد) بأن قال والله لا أقربك ابداً ، او قال والله لا اقربك فقط بدون ذكر الأبد ومضت المدة ووقعت البينونة (فاليمين باقية لأنها مطلقة) اي لأن اليمين مطلقة عن الـــوقت ، فكان مؤبداً (ولم يوجد الحنث) يعني الموجب للحنث ، وهو الوطء (لترتفع بـــه) اى لترتفع اليمين بالحنث ، لأنها كانت مؤبدة فبقيت على حالها .

(إلا انه لا يتكرر الطلاق) استثناء من قــوله – واليمين باقية لعدم الحنث – حتى وجد الوطء بعد الوطء يلزمه الكفارة ، لكنه لا يتكرر الطلاق بمضي المـــدة الأخرى (قبل وجود التزوج) وإن كانت في العدة بأن كانت ممتدة الطهر مثلا . قال الكاكي هذا احتراز عن قول ابي سهل البرعي ، فانه قال ينعقد اليمين بعد مضي اربعة اشهر اخرى قبل انقضاء عدتها وتقع تطليقة بمضيها ، وكذا الثالثة لأن معنى الإيلاء كلـما مضت اربعة أشهر ولم اقربك فيها فأنت طالق . ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بيناه ، فكذا هذا .

وقال الاترازى وقال الشيخ النسفي في شرح الجامع الكبير ، ولا نص في هذه المسألة يعني عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد . واختلف مشايخنا فيهـــا ، كان الشيخ أبو بكر الأعمش والفقيه محمد بن ابراهيم الميداني والفقيه الجليل ابن أحمد العياضي وشيخ أبي الحسن الكرخي والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والفقيه أبو إسحاق الحافظ يقـــولون لا يتكرر الطلاق على المولى منها ، وإن تكررت المدة وهو في العدة . وقال الفقيه ابن سهل يتكرر الطلاق بتكرر المدة ، وقدمنا كلامه .

فأما وجه هؤلاء فقد أشار إليه المصنف بقوله (لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة) إذ لا حق لها في الجماع بعد البينونة ، فلا يكون الرجل ظالما (فان عــاد وتزوجها) اى

عـــاد الإيلاء ، فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى ، فإن اليمين باقيـــة لإطلاقها ، وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج ، فإن تزوجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لمـــا بيناه ، فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التخيير الخلافية ،

وإن عاد هذا الرجل المولى وتزوج هذه المرأة بعد البينونة بمضي اربعة اشهر ،وبعدانقضاء عدتها (عاد الإيلاء ، فان وطئها) في المـــدة (وإلا وقعت بمضي اربعة اشهر) طلقته (أخرى ، لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها) وهو الوطء ، وقد منع الزوج ذلك لبقاء يمينه (فتحقق الظلم) فيؤول بالطلاق البائن (ويعتبر ابتداء هذه المدة) اى مدة الايلاء الثاني (من وقت التزوج) قيل هذا احتراز عما إذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج ، كذا ذكره التمرتاشي .

(فان تزوجها ثالثاً) قال الاترازى وفي بعض النسخ ثانياً ، ولكل وجه . اماالاول في النظر إلى التزوج قبل الايلاء . واما الثاني فبالنظر إلى التزوج بعد الايلاء (عادالإيلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى) اي طلقة اخرى (إن لم يقربها لما بينا) اشار به إلى قوله ، لأن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم .

(فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هـــذا الملك) لأنـــه بمنزلة التعليق بعدم القربان ، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق (وهي) أى هذه المسألة (فرع مسألة التخيير في الخلافية) فانهيبطل التعليق عندنا ، خلافاً لزفر (وقد مر من قبل) اى في باب الايمـــان في الطلاق(واليمين باقية لإطلاقها) أى لاطلاق اليمين ، فتكون باقية بعد الطلاق الثالث(وعدمالحنث)بالجر عطف على إطلاقها ، أي لإطلاق اليمين فتكون باقية بعد الطلاقالثالث وعدم الحنث بالجر عطف على إطلاقها أي ولعـــدم الحنث ، إذ الكلام فيما إذا لم يطأها ، قال في المبسوط ، وإذا آلى الرجل من امرأته لا بقربها ثم طلقها يبطل الايلاء عندنا ، خلافاً لزفر ، ولأن

وقد مر من قبل ، واليمين باقية لاطلاقها ، وعدم الحنث ، فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث ، فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً لقول ابن عباس رضي الله عنه لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ،

الإيلاء وطلاق مؤجل ، فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ، ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها ، وكذا لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر يكون مولياً إلا عند زفر . وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين ، وإطلاقها وجود الحنث .

(فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث) فاليمين انحلت ووجبت الكفارة (فإن حلف على أقل من أربعة أشهر) بأن يقول لا أقربك شهراً وهو وضع المبسوط ، أو قال لا اقربك شهرين أو ثلاثة اشهر (لم يكن مولياً) وبه قال الأئمة الأربعة ، وأكثر العلماء منهم سعيد بن جبير وطاووس والأوزاعي وأبو ثور وأبو عبيد ، واختاره ابن المنذر وهو نص القرآن . وقال ابراهيم النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق من حلف على قليل المدة او كثيرها فتركها اربعة اشهر فهو مول ، وتضرب تلك المدة بثلاثة ، وبه قالت الظاهرية ، وفي التحرير فكان ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول به ، ثم رجع إلى قول ابن عباس لما صح عنده .

(لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا إيلاء فيما دون اربعة اشهر) قال في الأصل بلغنا ذلك عن ابن عباس ، كذا نقله الاترازي واكتفى به ، وغيره من الشراح سكتوا عن تخريجه ، والأخصام لا يرضون بذلك . قلت روى هذا ابن ابي شيبة في مصنفه حديث علي ابن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس قال إذا آلى من امرأته شهراً او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء . واخرج نحوه عن عطاء وطاووس وسعيد بن جبير الشعبي .

فان قيل فتوى ابن عباس مخالفاً النص ظاهراً ، لأنه تعالى اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة ، وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص أربعة اشهر ، فالتقييد بمدة زيادة على النص ، وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس . وأجيب بأن فتواه تفسيراً النص لا لتقييده ، لأن الرأي لا دخل له في المقدرات الشرعية .

ولان الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه . ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول ، لأنه جمع بينهما

(ولأن الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع) خبر لأن ، أي لأن الإمتناع عن القربان حاصل بلا مانع ، وأراد بالمانع اليمين بيانه ان المولى من ترك قربانها في المدة ، ويلزم شيء ، وهنا يتمكن من قربانها بمضي الشهر من غير شيء ، فلم يكن مولياً ، كما لو ترك مجامعتها في المدة من غير يمين ، كذا في المبسوط . وقال الاترازي وقيل اكثر المدة ليس بتقدير لازم ، لأن الامتناع عن القربان بلا مانع ربما يكون في اقل المدة بأن حلف لا يقربها ثلاثة أشهر مثلا ، فبعد مضي ثلاثة اشهر يبقى شهراً آخر إلى تمام المدة،والامتناع فيه بلا مانع لا محالة ، فلو قال صاحب الهداية رحمه الله تعالى في بعض المدة بدل قوله—في أكثر المدة – لكان أولى ، لان البعض اعم وأشمل .

وقال الكاكي في قوله – أكثر المدة – أي مدة الإيلاء هو مثلا بثلاثة اشهر قوله بلا مانع وهو لزوم شيء . قيل هو مشكل لجواز ان يحلف على ثلاثة أشهر ، فلا يكون الامتناع عن القربان في أكثر المدة بلا مانع . وأجيب عنه ان وضع المسألة في الأصل فيمن حلف لا يقربها شهراً فعند الجمهور لا يكون مولياً . وعند أبي ليلى يكون مولياً حتى لو لم يقربها اربعة اشهر تطلق . وقال في جوابه الامتناع عن القربان في اكثر المدة بلا مانع ، لان المانع وهو اليمين معدوم في ثلاثة أشهر من هذه المدة . وقيل المراد بالأكثر اربعة أشهر وهو جمع المدة ، سماها اكثر باعتبار هذا الحلف ، لأنها اكثر منها ، وإذا كان كذلك فلا شك أن المانع غير موجود في جميع الصور التي دون تلك المدة . وإن وجد المانع في البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض ، وهذا ضعيف،وإنما يصح أن لو قال أكثر المدتين، كذا في الكافي. وقيل لفظ الأكثر وقع مقحماً.

(وبمثله) اي ومثل هذا الامتناع وهو بلا مانع يمين (لا يثبت حكم الطلاق فيه) لأنه يمكنه القربان في بعض المدة بلا شيء فلا يتحقق الإيلاء .

(ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول ، لأنه جمع بينهما

بحرف الجمع ، فصار كجمعه ، ولو مكث يوماً ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن مولياً ، لان الثاني إيجاب مبتدأ ، وقد صار ممنوعاً بعد الاولى شهرين ، وبعد الثانية أربعة أشهر ، إلا يوماً مكث فيه ، فلم تتكامل مدة المنع . ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً ،

بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كالجمع بلفظ الجمع) وفي بعض النسخ فصار كجمعه اي كجمع المولى بلفظ الجمع ، اي فصار كأنه قال لا اقربك اربعة اشهر ، فيكون مولياً ، وما حكى فيه خلاف . ولهذا لو قال لا اكلمك يوماً ويومين يصير مدة اليمين ثلاثة أيام ، وكذا لو قال بعت هذا إلى شهرين وشهرين كان الاجل شهرين كذا في قاضي خان . وفي جوامع الفقه قال والله لا اقربك شهرين وشهرين وشهرين قبل شهرين ، او قال وشهرين بعد شهرين ، فهو كقوله أربعة اشهر .

(ولو مكث يوماً) صرح قاضي خان يوماً او ساعة ، وكذا صرح المحبوبي ساعة ، وقيل تكرير اليمين في مجلسين او مجالس ، وهما اقل من يوم متحد يخير عند ابي حنيفة وابي يوسف ، فقيد مكثه بيوم لتكون المسألة اتفاقية (ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً) وبه قال الشافعي وأحمد وابو ثور (لأن الثاني) اي الكلام الثاني (إيجاب مبتدأ) اي إيجاب يمين مبتدأ (وقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى بشهرين ، وبعد الثانية) اي اليمين الثانية (أربعة اشهر إلا يوماً مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع) فلا يكون مولياً . والأصل في ذلك انه إذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ، ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه ، كما في المسألة الأولى . واما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجاباً مبتدأ ، وعلى هذا لا يكون في المسألة الثانية مولياً لفوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوماً ، إعادة اسم الله وحرف النفي ، فقد صار ممنوعاً إلى آخر ما ذكره المصنف ، وإذا لم يكن مولياً هنا يكون كلامه يمينين مستثنيين ، ويلزمه بالقربان كفارتان .

(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً) في حق وقوع الطلاق ، ولكن لو

خلافاً لزفر وهو يصرف الاستثناء إلى آخرها إعتباراً بالاجارة فتمت مدة المنع . ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمـــه ، ويمكنه هاهنا ، لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة ، لان الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها

قربها في هذه المدة تلزمه الكفارة ، قاله تاج الشريعة . وقال الاترازي المراد من قوله – لم يكن مولياً – اي في الحال ، لأنه يكون مولياً إذا قربها يوماً ومضى ذلك اليوم بغروب الشمس ، وبقي بعده ، اي تمام السنة اربعة اشهر فصاعداً . فـــإن لم يبق اربعة اشهر لا يكون مولياً إلا إذا قربها مـــرة فبقي بعد القربان في السنة اربعة أشهر فصاعداً ، وعلى ذلك نص في المبسوط وشرح الطحاوي .

(خلافاً لزفر) فإنه يكون مولياً عنده ، وبه قال الشافعي . وذكر شمس الأئمـــة البيهقي في كتاب الشامل فيه قياس واستحسان . وقال يصير مولياً قياساً ، ولا يصير مولياً استحساناً ، ولم يذكرهما الحاكم في الكافي وشمس الأئمة السرخسي في مبسوطه ،وهو شرح الكافي ، وكذا لم يذكرهما في شرح الطحاوي وغير ذلك (وهو) أي زفر (يصرف الاستثناء) وهو قوله إلا يوماً (إلى آخرها) أي إلى آخر السنة (اعتباراً بالإجازة) أي كما إذا اجر داره سنة إلا يوماً ، ولهذا لو قال والله لا اقربك السنة إلا نقصانيوم ، يصرف اليوم إلى آخر السنة بالإتفاق (فتمت إلى مدة المنع) اي فيصرف الاستثناء إلى آخر السنة تم مدة المنع .

(ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة أشهر إلا بشيء يلزمـه ويمكنه هنا) أي يمكن المولي هنا قربان المرأة بلا شيء يلزمـــه في يوم واحد ، أي يوم كان من أيام السنة فلا يكون مولياً ، وبين هذا بقوله (لأن المستثنى يوم منكر) شائـــع في فصول السنة ، فلا يعتبر صرفه إلى آخر السنة إجراء لكلامه على حقيقته ، لأن اليمين مع الجهالة لا يصح بلا ضرورة ان يراد بـــه آخر السنة (بخلاف الإجارة ، لأن الصرف) أي صرف اليوم (إلى الآخر) اي إلى آخر السنة (لتصحيحها) اي لتصحيح الإجارة (فإنها) أي فإن الإجارة

لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ، ولو قربها في يوم ، والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء . ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بهـــا لم يكن مولياً ، لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة . قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول

(لا تصح مع التنكير) لعدم حصول المقصود ، وهو التمكن من استيفاء المنفعة .

(ولا كذلك اليمين) لأنها تصح مع الجهالة كما ذكرنا ، فافترقت المسألتان (فإن قربها في يوم) وفي بعض النسخ ولو قربها في بعض يوم ، أي في المسألة المذكورة (والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الإستثناء) وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(ولو قال وهو بالبصرة) أي والحال انه كان بالبصرة (والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها) اي والحال ان امرأته بالكوفة (لم يكن مولياً ، لأنـــه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة) لو كيله أو نائبه قبل مضي اربعة اشهر فيقربهـــا فلا يتحقق معنى الإيلاء . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإن حلف لا يقربها في مكان كـــذا ، او في مصر كذا او في أرض العراق لم يكن مولياً ، لأنه يقدر ان يخرجها من ارض العراق قبل مضي أربعة أشهر فيطأها بغير حنث . وقال ابن ابي ليلى هو مول . وفي جوامع الفقه لو كان في بلد وامرأته في بلد آخر وقـــال والله لا أدخل وبينهما اقل من ثمانية أشهر لا يصير مولياً لجواز انها تخرج فيلقيان في اقل من اربعة اشهر . وفي المرغيناني وقاضي خـان لو كان بينه وبينها مسيرة أربعة اشهر ففيؤه باللسان ، ولم يعتبر خـــروج كل واحد منهما إلى صاحبه .

(قال) أي القدوري (ولو حلف بحج) إن قـــربتك فعلي حج البيت او العمرة او المشي إلى بيت الله (أو بصوم) بأن قال إن قربتك فعلي صوم سنة (او صدقة او عتق) بأن قال إن قربتك فعلي عتق رقبة (او طلاق) بأن قال إن قربتك فضرتك طالق (فهو مول) في كل الصور المذكورة على ظاهر الرواية عن أصحابنا ، ففي بعضها خلاف يأتي إن

لتحقق المنع باليمين ، وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة ، وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده ،

شاء الله تعالى (لتحقق المنع) عن القربان (باليمين ، وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية) اشار بها إلى الحج والصوم والصدقة والعتق والطلاق (مانعة) اي مانعة من الشرط ، يعني ان الجزاء الذي في وقوعه مشقة على الحالف مانع من مباشرة الشرط (لما فيها) أي في الأجزية (من المشقة) لأنه إذا باشر الشرط يقع الجزاء لا محالة ، فتحصل المشقة ، فيكون الجزاء مانعاً ، وبقولنا قال مالك في الأظهر .

وعنه ان الإيلاء لا يكون إلا باليمين بالله تعالى او بصفاته الذاتية كقول الظاهرية ، وقال ابن عباس كل يمين منعت الجماع فهي إيلاء ، وبه قال الشعبي والنخعي وأهل الحجاز وأهل العراق وأبو ثور وأبو عبيد ، واختاره ابن المنذر . وقال ابن المنذر الصحيح في قول الشافعي بمصر ان كل يمين منعت الجماع فهي إيلاء ، وهذا هو الجديد . ولو قال إن قربتك فعلي صلاة او صلاة ركعتين او عزو فليس بمول . وقال محمد مول ،وبه قال مالك والشافعي وأحمد وزفر والحسن ، وهو قول أبي يوسف اولاً . ولو قال فعلي اتباع الجنازة أو سجدة التلاوة او قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول اتفاقاً . ولو قال فعلي انأتصدق بكذا على هذا المسكين لم يصح ، لأنه لما عين كان حق العبد ، وكذا في مالي هبة في المساكين لم يصح ، إلا أن ينوي التصدق به .

وفي الخزانة عن أبي حنيفة قال إن قربتك فعلي ان اتصدق بهذه الدراهم على هؤلاء المساكين لم يصر مولياً . ولو قال والله لا اقربك حتى ينزل عيسى بن مريم او يخرج الدجال او يأجوج ومأجوج أو الدابة او تطلع الشمس من مغربها فهو مول استحساناً ، وهو الصحيح من مذهب الشافعي . ولو قال والله لا أقربك حتى تصعدي السماء او حتى يشيب الغراب فهو يصير مولياً .

(وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده) إنما عين بيان صورة الحلف بقربان امرأته بعتق عبده ، لأن فيه خلافاً لأبي يوسف ، ذكره شمس الأئمة السرخسي في

وفيـــه خلاف أبي يوسف « رح » ، فإنه يقول يمكنه البيع ، ثم القربان فلا يلزمه شيء، وهما يقولان البيع موهوم ، فلا يمنع المانعية فيه، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها[1] ، وكل ذلك مانع . وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً ، وإن آلى من البائنة لم يكن مولياً ، لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ، ومحل الإيلاء من أن تكون من نسائنا بالنص ،

مبسوطه ، اشار إليــه بقوله (وفيه خلاف أبي يوسف ، فانــــه) اي فــان ابا يوسف (يقول يمكنه البيـع) بأن يبيـع عبده (ثم القربان) اي ثم يمكنه قربان امرأته بعدبيـع العبد (فلا يلزمه شيء وهما) اي ابو حنيفة ومحمد (يقولان البيـع موهوم) يعني يحتمل أن يبيـع ، ويحتمل أن لا يبيـع (فلا يمنع المـانعية فيه) أي في الايلاء ، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء ، إلا انه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء ، فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء ، وكذا إن ملكه بارث خلافاً لمالك . ولو جامعها بعدمـا باعه ثم اشتراه لم يكن مولياً لسقوط اليمين ، لوجود شرط الحنث بعد بيـع العبد . فان مات العبد قبل انيبيعه سقط الإيلاء ، لأنه يمكنه من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء .

(والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقاً او طلاق صاحبتها) ذكـــر في شرح الطحاوي والمختلف ان أبا يوسف قال لا يكون مولياً (وكل ذلك مانع) أي كل الأجزية المذكورة مانع من الوطء على ما ذكرنا .

(وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً) بـاجماع الأئمه الأربعة وجمهور العلماء إلا رواية عن أحمد (وإن آلى من) المطلقة (البائنة لم يكن مولياً ، لان الزوجية قـائمة في الاولى) اي في المطلقة الرجعية (دون البائنة) أي المطلقة البائنة (ومحل الايلاء من أن تكون من نسائنا بالنص) وهـو قـــوله تعالى ﴿ للذين يؤلون من نسائهـــم ﴾

---

(١) ضرتها — هامش .

فلو انقضت العـــدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحليـــة، ولو قال لاجنبية والله لا أقربـك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليـــاً ولا مظاهراً ، لان الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية ، فلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك. وإن قربها كفَّر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه

ومدة إيلاء الامة شهران

---

٢٢٦ البقرة ، وبعد الابانة تنتفي الزوجية ، لكنها إذا وطئها تلزمه الكفارة ، إلا انه ليس بمول في حق الطلاق دون الكفارة ، بخلاف المعتدة الرجعية ، حيث يصح إيلاؤهـا لقيام الزوجية ، لأن وطأها مباح عندنا (فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية) اي لان محل الإيلاء فات . وقـال الحاكم الشهيد في الكافي ، ولو آلى من امته او ام ولده لم يكن مولياً ، وإن قربها كفّر .

(وإن قال لأجنبية والله لا أقربك أو انت علي كظهر أمي ، ثم تزوجها لم يكن مولياً ولا مظاهراً ، لان الكلام في مخرجه وقـــع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك) أي بعد وقوع الكلام باطلاً (وإن قربهـــا كفر لتحقق الحنث فاليمين منعقد في حقه) اي في حق الحنث ، هذا في قوله والله لا أقربك لا في قـــوله انت علي كظهر امي ، لان الاولى يمين دون الثانية (وقد وجد الحنث فيلزمه الكفارة) .

(ومدة إيلاء الأمة شهران) حراً كان زوجها او عبداً ، وهو قـول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، وبه قال الحسن والشعبي وقتادة والنخعي والثوري ، وهو روايـة عن مالك وأحمد والمشهور عن مذهب مالك إيلاء العبد شهران على الحرة والامة ، وهـو قول عطاء والزهري وإسحاق ، ورواية أحمد . وقال الشافعي وأحمد في ظاهر الرواية عنه وابن المنذر والظاهرية أن الحر والعبد والحرة والامة سواء ، ومـــدة الكل أربعة أشهر ، وبه قال أبو ثور وأبو سليمان ، وهذه إيلاء الأمة شهران .

لان هذه مدة ضربت أجلاً للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة ، وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع ، أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء .

(لان هذه المدة) أي مدة الايلاء (مدة ضربت أجلا للبينونة ، فتتنصف بالرق) أي بسبب الرق ، كما في طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان (كمدة العدة) حيث ينصف الرق وقال الاترازي لى فيه نظر ، أي في تعليل المصنف بقوله مدة ضربت أجلا ، لان لقائل أن يقول لا نسلم ان مدة الايلاء شرعت أجلاً للبينونة ، لان عند مالك والشافعي يكون الزوج مخيراً بعد انقضاء المدة بين أن يفي إليها أو يطلق ، فان طلقها يكون له عليها الرجعة ما دامت في العدة ، فلا يكون حينئذ مدة الايلاء اجلا للبينونة ، فلا يصح قياسها على مدة العدة لعدم الجامع بين المقيس والمقيس عليه ، وهو كون المدة أجلا للبينونة ، انتهى . قلت الجامع موجود فيكون الرق منصفاً لحل المحلية .

(وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع ، او كانت المرأة مريضة او رتقاء) أى بينة الرتق ، يعني لم يكن لها طرق إلا المبال (او صغيرة لا تجامع) مثلها (او كانت بينهما مسافة) بأن يكون بينهما مسافة بأن يكون مسيرة اربعة اشهر فصاعداً (لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها ، فان قال ذلك سقط الايلاء) وإن قربها كفر . وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها أوصغرها أو الجب او العنة ، او كان اسيراً فى دار الحرب ، او لكونها ممتنعة ، او كانت فى مكان لا يعرفها وهى ناشزة ، او بينهما اربعة أشهر او حال القاضى بينهما بشهادة الطلاق الثلاث، ففيؤه باللسان بأن يقول فئت إليها أو رجعت او راجعتها او ارتجعتها او أبطلت إيلاءها بشرط تمام العجز إلى تمام المدة .

وفي البدائع او كان محبوساً . وفي شرح الطحاوي أو آلى منها وهي مجنونة او هو

وقال الشافعي « رح » لا فيىء إلا بالجماع ، وإليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئاً لكان حنثاً . ولنا أنه أذاها بذكر المنع ، فيكون إرضاءها بالوعد باللسان ،

محبوس ، او كانت بينهما أقل من اربعة أشهر ، إلا ان السلطان والعدو يمنعه من ذلك لا يكون فيؤه باللسان . قال ويمكن ان يفرق بين القولين في الحس بأن يحمل ما ذكر في شرح المختصر على إمكان الوصول إلى السجن وان تدخل عليه ليجامعها ، ومنع العدو والسلطان نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان ، وبظلم يعتبر كالغالب . وفي خزانة الأكمل المريض فيؤه بقلبه ولسانه ، وفيه ايضاً لو كانت مريضة او صغيرة لا يجامع مثلها ففيؤه بالرضى بالقلب . وفي المرغيناني لا يكون الفيء بالقلب . وذكر الجرجاني لوفاه بقلبه ، ولم يتكلم بلسانه ومضت المدة إن صدقته كان فيئاً . وفي المغني قال في الفيء متى قدرت جامعتك .

(وقال الشافعي لا فيء إلا بالجماع) وهو قول سعيد بن جبير ، وبه قال ابو ثور ، واختارة الناطقى (وإليه ذهب الطحاوي) اي إلى قول الشافعى ذهب الإمام ابو جعفر الطحاوي على ما نقل عنه فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير . قال الاترازي فيه نظر ، لأن الطحاوي جعل في المولي باللسان إن كان بينه وبين امرأته مسيرة اربعة اشهر واكثر منها ، أو آلى وهو مريض ، او هي مريضة لا معه إلى قربها في مختصره . قلت نظره غير وارد ، لأن الذي نقله عنه يرد نظره ، لأنه جعل ذلك عند العجز ، وأما عند القدرة فالفيىء بالجماع هو الأصل ، وكذلك نقل عن الشافعى حيث قالوا ولا خلاف للشافعى ، إذ الفيىء باللسان إنما يعتبره عند العجز عن الوطء .

(لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً) لأن المعلق بالفيىء حكمان ، الكفارة وامتناع حكم الفرقة ، ثم الفيىء باللسان لا يعتبر في حق الكفارة ، فكذا في الآخر . وتحقيقه عن الفيىء رجوع عن الظلم المعلق بالبر ، فيكون الفيىء بترك البر وترك البر بما يضاده وهو الحنث إذا لم يكن الفيىء باللسان حنثاً لا يصير به الانسان تاركاً للبر ، فلا يكون فيئاً .

(ولنا انه) اي ان الزوج (أذاها) أي أذى المرأة (بذكره المنع) اي بمنع حقها من الجماع (فيكون إرضاءها بالوعد باللسان) لأن الزوج إذا كان عاجزاً عن الجماع

وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق . ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيىء ، وصار فيؤه بالجماع ، لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف . وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيتـه ، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال ، لانه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق في القضاء ، لانه يمين ظاهراً

حالة الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع ، إذ لا حق لها فيه حينئذ ، وإنما قصده الايحاش باللسان ، ومثل هذا الظلم يرتفع باللسان (وإذا ارتفـع الظلم لا يجازى بالطلاق) لأن التوبة تجب الجناية (ولو قدر على الجماع في المدة) وفي بعض النسخ فـإن قدر ، أي المولى المريض على ان يجامعها في مدة الايلاء (بطل ذلك الفيىء) الذي كان باللسان (فصار فيؤه بالجماع ، لأنه قدر على الأصل) الذي هـو بالجماع (قبل حصول المقصود بالخلف) وهوالفيىء باللسان ، فصار كالمتيمم إذا وجد الماء في خلال صلاته ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة .

(وإذا قال لامرأته انت علي حرام) هذا كلام مبهم محتمل وجوه ، ولا يمتازالبعض عن البعض إلا بالارادة ، ولأجل ذلك قال (سئل عن نيته ، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال) يعنى يكون كذباً (لانه نوى حقيقة كلامه) لأنها حلال له ، فلا يقع به طلاق الايلاء ، ولا غير ذلك (وقيل لا يصدق في القضاء ، لأنه يمين ظاهراً) لانه تحريم الحلال. واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق ، وهذا القول منقول عن الطحاوى والكرخى فإنهما قالا فى مختصرهما انه لا يصدق فى إبطال الايلاء فى القضاء .

وقد اختلف اهل العلم في لفظة الحرام اختلافاً شديداً يرتقى إلى خمسة عشر مذهباً :

الأول : انه سئل عن نيته ، وهـو قول ابى بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهم ، وبـه قال الحسن البصرى وعطاء وطاووس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ، ورواية عن احمد وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعى وأبو ثور. وكان ابن عباس يقول هو يمين .

الثانى : ان الحرام ثلاث ، روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن عمر ، وبـــه قال الحكم وابن أبى ليلى ومالك إلا انه قال ينوي في غير المدخول بها .

الثالث : إن فيه كفارة الظهار مروي عن ابن عباس ، وبه قال أبو قلابة وأحمد .

الرابع : هو على ما نوى ثنتين فثنتان ، هذا قول الزهرى وزفر .

الخامس : انه تطليقة بائنة لا غير ، وهو قول حماد بن أبى سليمان .

السادس : التوقف فيه ، روي عن علي رضى الله تعالى عنه قال مـــا أنا بمحلها ولا بمحرمها عليك ، ولا آمرك أن تتقدم وإن شئت فاختر .

السابع : إذا لم تكن نيته فليس بشيء ، روى ذلك رواية أخرى عن النخعي وعند الشافعية فيه ثلاثة أوجه . أحدها : مثل الروايـة عن النخعي . الثاني أن فيه الكفارة . والثالث : صريح في حرمة الأمة كناية في حق الحـــرة . وإن نوى به الطلاق فهي طلقة رجعية ، وإن نوى ثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى ، وإن نوى ظهاراً فهو ظهار ، وإن نوى التحريم فليس فيه إلا الكفارة .

الثامن : قاله مسروق والشعبي وهو مثل تحريم بضعة منها ليس بشيء ، وبه قـال أبو سلمة بن عبد الرحمن .

التاسع : هو على ما نوى في الواحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثـاً فثلاث ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء ، وهو مذهب الثوري .

والعاشر : انها تصير حراماً بذلك ، ولم يذكروا خلافاً ، يروى ذلـك عن ابي هريرة وجلاس بن عمرو وجابر بن زيد انهم أجروه باجتنابها فقط .

الحادي عشر : إن نوى واحدة او لم ينو شيئاً فهي واحدة ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى ثنتين فثنتين ، يروى ذلك عن ابراهيم وعليه المتأخـرون من مشايخنا إلا في نية الثنتين ، فإنه لا يصح عند أئمتنا الثلاثة .

الثاني عشر : هو يمين ، لكن كفارته عتق رقبة ، روي ذلك عن ابن عباس . وقـال المتأخرون وهو يمين فقط .

وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث ، وقد ذكرناه في الكنايات ، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة ، وهو الركن فيه . ولهما أنه

والثالث عشر : هو يمين في غير الزوجة وليس يمين في الزوجة ، يروى عن الحسن ووجه للشافعية .

والرابع عشر : ليس بشيء في الأمة ولا في الزوجة والطعام كالأمة ، وبه قال مالك .

والخامس عشر : إن ذلك باطل وكذب ، وهي زوجة ، وإن زاد كالميتة والدم ولحم الخنزير ، ونوى بذلك حكم الطلاق أو لم ينو ، ذكره ابن حزم في المحلى ، وزعم انه مذهب ابن عباس والشعبي وأبي سلمة بن عبد الرحمن وابي سليمان الخطابي وجميع الظاهرية .

(فإن قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة ، إلا ان ينوي الثلاث) لأنه من الفاظ الكنايات يقع على الأدنى مع احتمال الكل ، وإذا نوى ثنتين كانت واحد بائنة عندنا ، إلا ان اللفظ لا يحتمل العدد ، خلافاً لزفر ، إلا إذا كانت المرأة أمة فحينئذ يقع الثنتان ،لأن ذلك جنس طلاقها (وقد ذكرناه في الكنايات) اشار به إلى انه تقدم البحث في الكنايات .

(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) هكذا ذكر القدوري ، ولكنه ليس بظاهر الرواية عن اصحابنا ، ولهذا لم يذكر الطحاوي والحاكم الشهيد في مختصريهما حكم ما إذا نوى الظهار ، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ناقلا عن النوادر أنه ينوي ظهاراً عند ابي حنيفة وأبي يوسف ، اشار اليه المصنف بقوله (وهذا) اي كونه ظهاراً (عند أبي حنيفة وابي يوسف . وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة) ولم يوجد التشبيه لعدم حرف التشبيه وهو الكاف ، فلم تصح نيته (وهو الركن فيه) اي التشبيه المذكور هو الركن في الظهار .

(ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (انه) اي القائل بقوله انت علي حرام

أطلق الحرمة ، وفي الظهار نوع حرمة ، والمطلق يحتمل المقيد ، وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً ، لأن الاصل في تحريم الحلال إنما هو يمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله . ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف ، والله أعلم بالصواب .

(اطلق الحرمة) حيث لم يقيدها بشيء ، والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق ، وتارة بالظهار ، ومطلق الحرمة يحتمل المقيد (وفي الظهار نوع حرمة) لأنه إذا قال لامرأته أنت علي كظهر امي فقد حرمت عليه حتى يكفر عن ظهاره (والمطلق يحتمل المقيد) ومن نوى محتمل كلامه صدق .

(وإن قال أردت التحريم او لم أرد) اي قال لم أرد به (شيئاً فهو يمين يصير به مولياً) حتى إذا قربها كفر عن يمينه . وإن لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بالإيلاء ، اما إذا اراد التحريم فإنما يكون يميناً ، لأن تحريم المباح يمين ، لقوله تعالى ﴿ يا أيها النبي لم تحرم ما احل الله لك ﴾ الى قوله تعالى ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ أول التحريم ، وأما إذا لم يرد شيئاً فلأن الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات ، لأن في الإيلاء الوطء حلال قبل الكفارة ، وفي الظهار ليس كذلك . وإذا اريد به الطلاق وقع بائناً ويحرم الوطء ، والإيلاء لا يحرم الوطء ، فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها (لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا) لأن تحريم الحلال ليس من العبد بل من الله تعالى ، لأنه قلب المشروع ، لكن العبد يمنع نفسه عن ذلك الشيء ، فإذا باشره فعليه الكفارة (وسنذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى) اي سنذكر هذا الفصل في كتاب الايمان إن شاء الله عز وجل .

(ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق) في قوله لها انت علي حرام (من غير نية بحكم العرف) ، لأن العادة جرت بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون الطلاق بهذا ، وأراد من المشايخ أبا بكر الاسكاف وأبا بكر بن سعيد ، والفقيه أبا جعفر الهندواني

وهم من كبار علمائنا الماضين ببلخ ، فإنهم قالوا يقع الطلاق . وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ ، وكذا الجواب في قوله كل حل علي حرام ، وحلال الله علي حرام ، أو قال حلال المسلمين علي حرام . وفي الذخيرة هـذا كله طلاق بائن باتفاق ، وإن كان له أربعة نسوة وقع على كل واحدة طلقة بائنة . وفي فتاوى الأذرجندي والإمـام مسعود بن الحسين الكشاني انه يقع واحدة ، والبيان اليه .

قال صاحب الذخيرة وهو الأظهر والأشبه . وفيه لو قال علي حرام ولم تكن له امرأة لم يلزمه شيء ، لأنه يمين بالطلاق ولا زوجة له . فإن تزوج امرأة وباشر الشرط اختلفوا فيه ، قال أبو جعفر تبين الزوجة . وقال غيره لا تبين ، وبه اخذ الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى . ولو قال أنت حرام الف مرة فهي واحدة . ولو طلق الحرة واحدة ثم قال أنت علي حرام ينوي ثنتين لا تصح نيته ، وإن نوى الثلاث صحت ويقع طلقتان أخريان ،وإن لم ينو اليمين فهي يمين، لأن تحريم الحلال يمين ، واليمين في الزوجات إيلاء . ولو قال أنتما علي حرام فنوى الثلاث في إحداهمـا وواحدة في الأخرى كان كما نوى عند ابي حنيفة ، ذكره المرغيناني .

ولو قال انت معنى في الحرام ، ولو قال أنا عليك حرام ، او قال حلال فقالت أنت معنى او علي مثل ما انت على جميع اهل المصر فهي طالق إن نواه . ولو قـال الطلاق يلزمني يقع واحدة ، وهذا الكلام ناشيء عن اهل مصر .

فروع . آلى من امرأته ثم قال لأخرى أشركتك في إيلاء هذه كان باطلاً . ولو قـال انت علي حرام ثم قال لأخرى أشركتك معها كان مولياً منهما ، وكذا لو قال إن وطئتك فعبدي هذا حر فمات العبد او أعتقه بطل الإيلاء ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . ولو قال والله لا وطئتك في الدبر ، اي فيما دون الفرج لم يصر مولياً ، خلافاً لمالك . ولو قال والله لا اجامعك إلا جماع سوء سئل عن نيته ، فإن قال اردت الوطء في الدبر صار مولياً ولو قال اردت به جماعاً ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مولياً ، ولو قـال أردت التقاء الختانين فهو مول ، كما لو قال والله لا أطأك إلا فيما دون ، فإن لم يكن له نية فليس

بشيء . ولو قال إن قربتك فعلي ان امش في السوق لا يكون موليـــاً عند الجمهور ، إلا رواية عن أحمد .

ولو قال الذمي والله لا أقربك فهو مول عند ابي حنيفة ، لأنه من أهل الطلاق ، وبه قال الشافعي ، وكذا ظهاره ، وبه قال أحمد وأبو ثور . وقال مالك يسقط بـــإسلامه ، وقـــال ابو يوسف ومحمد إن حلف بالله لا يصير مولياً ، ولو حلف بالعتق والطلاق يصير مولياً . ولو حلف بالصوم والحج والعمرة والصدقة لا يصير مولياً بالطلاق بالإتفاق . ولو آلى مسلم من امرأته ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون مولياً عند أبي حنيفة ، وروى أبو يوسف عنه يبطل إيلاءه . ولو قال ظاهرت ثم ارتد ثم أسلم فهو على ظهاره في قـــول أبي حنيفة أن ظهاره يبطل عنده . ولو ابانها في مدة الايلاء ثم قربها بطل إيلاؤه . ولو ظاهر ثم ارتد ثم اسلم فهو على ظهاره في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقالا يسقط وروى زفر عن ابي حنيفة ان ظهاره يبطل عنده . ولو ابانها في مدة الإيلاء ثم قربها بطل إيلاؤه للحنث . ولو فاء إليها بلسانه وهي مبانة لا يبطل ويقع الطلاق بمضي مـــدة الايلاء لعدم صحة الفيء باللسان بعد البينونة ، وكذا لا يصح بعد مضي مـــدة الايلاء .

وإن اختلفا في الفيء بعد بقاء المدة فالقول للزوج ، لأنـــه يملك الفيء ، وبعد مضي المدة فالقول لها ، لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملك فيها الفيء .

* * *

باب الخلع

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما

(باب الخلع)

أي هذا باب في بيان أحكام الخلع . وقال الأترازي الخلع اسم من الانخلاع ، وكذا قال الكاكي . وقال الاكمل الخلع بالضم اسم من قولهم خلعت المرأة زوجها ، واختلعت عنه بمالها . قلت قال الجواهري خلع ثوبه ونعليه ، وقاه مدة خلعاً وخلع عليه خلعاً ، وخلع امرأته خلعاً بالضم انتهى ، فدل كلامه أن الخلع بالضم والخلع بالفتح كلاهما مصدران غير ان الفرق بينهما انه إذا كان بمعنى النزع الحقيقي يستعمل بالفتح ، فإذا كان بمعنى المجاز يستعمل بالضم ، لان كلا من الزوجين لباس لصاحبه ، كما قال الله تعالى ﴿ هن لباس لكم ﴾ ١٨٧ البقرة ، فاذا فعلا ذلك فانهما نزعا لباسهما ، فيكون من باب ترشيح الاستعارة ، والفرق بينه وبين التجريد ان ترشيح الاستعارة ينظر فيه إلى جانب المستعار منه كقولك رأيت بحراً جار ، والتجريد ينظر فيه إلى جانب المستعار له ، كقولك رأيت بحر مــــاء أحسن من مائه ، فالخلع من باب الترشيح على ما لا يخفى .

وقال الجوهري أيضاً خالعت المــــرأة بعلها إذا رضي على طلاقها ببدل منها له فهي خالع والاسم الخلع ، وقد تخالعا فاختلعت فهي مختلعة . وخلع الوالي عزل ، واما معناه الشرعي فهو عبارة عن أخذ مال من المرأة بأن النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق ، وحكمه حكم الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قــــول ابى حنيفة رحمه الله تعالى ، او يمين من الجانبين عندهما على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

(وإذا تشاق الزوجان) أي إذا اختصما واختلفا ، مشتق من الشق ، وهو الجانب ، فكأن الزوجين إذا تخاصما وتجادلا يأخذ كل واحد شقاً خلاف شق صاحبه (وخافا) أي علما ، لأن الخوف من لوازم العلم ، والمراد من الخوف العلم ، قــــال أبو عبيد (ان لا يقيما

حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به ، لقوله تعالى
﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة ،

حدود الله) أي ما يلزمها من حقوق الزوجية (فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها) الضمير في نفسها يرجع للمرأة ، لأن لفظ الزوجين يدل عليه ، وفي – منه – يرجع إلى الزوج بالوجه المذكور والضمير المستتر في – يخلعها – يرجع إلى الزوج والبارز – التاء – إلى المرأة ، وفي به يرجع إلى المال .

(لقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة) أي فلا إثم على الزوجين لا على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت فداء من فداه من اسر إذا استنقذ ، ولما ان النساء عوان عند الأزواج ، لأن النبي ﷺ سمى النساء أسارى في قوله عليه السلام اتقوا الله في النساء ، فإنهن عندكم عوانا ، رواه الترمذي ، والعواني يعني عانية ، والذكر عاني وهو الأسير ، وروى البخاري في حديث علي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله تعالى عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإيمان ، انتهى . اي لشدة بغضها إياه لقضامة وجهه [1] ، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديقته ، قالت نعم ، قال رسول الله ﷺ اقبل الحديقة وطلقها .

والآية نزلت في ثابت وامرأته ، وهو اول خلع في الإسلام قاله الزمخشري ،واختلفوا في امرأة ثابت بن قيس ، فقيل حبيبة بنت سهل ، وقيل حميلة بنت سهل ، وقيل جميلة بنت سلول ، وسلول اسم امه ، وزينب بنت عبد الله بن أبي سلول ، والأول اكثر ، وإنما قال لا بأس بأن تفتدي نفسها ، لأن الطلاق أبغض المباحات عند الله تعالى .

وروى الترمذي من حديث ثوبان عن النبي ﷺ قال المختلعات هن المنافقات ، وقال غريب ، وروى الترمذي ايضاً عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة .

ثم اعلم انه لم يخالف في جواز الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني ، وزعم ان الآية التي

---

(١) هكذا الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ، ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة

دلت على جوازه منسوخة بآية النساء ، وهي قوله تعالى ﴿ وإن اردتم استبدال الزوج ﴾ . . . الآية ٣٠ النساء ، وليس كذلك ، لأنه شرط النسخ تأخير تاريخ الناسخ والإختلاف وتعذر الجمع ولم يوجد واحد منها . قال ابن شبرمة وأبو قلابة لا تحل حتى على بطنها رجلا لقوله تعالى ﴿ ولا تعضلوهن ﴾ إلى قوله ﴿ إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ ١٩ النساء . وقالت الظاهرية لا يجوز الخلع إلا بشرطين ، إلا إذا كرهته المرأة وخافت ان لا توفيه حقه فلها ان تفتدي نفسها بتراضيه . وقالت طائفة لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان ، يروى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن البصري . وقالت طائفة لا يجوز الخلع إلا ان تقول المرأة لزوجها لا أطيع له امر ولا أغتسل لك من جنابة . وقالت طائفة لا يجوز إلا مع نشوزه وإعراضه .

(فإذا فعل ذلك) وفي بعض النسخ فإذا فعلا ذلك بألف التثنية ، أي الزوجان إذا فعلا ذلك ، اي الخلع الموصوف (وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) وهو قول عثمان وعلي وابن مسعود والحسن وابن المسيب وعطاء وشريح والشعبي وقبيصة بن ذئب ومجاهد وابي سلمة والنخعي والزهري والأوزاعي والثوري ومكحول وابن ابي نجيح وعروة ومالك والشافعي في الجديد ، وعليه الفتوى ، ذكره في المبسوط . وقالت الظاهرية تطليقة رجعية ، حتى لو راجعها رد عليها ما أخذه وقال أحمد وإسحاق بن راهوية فرقة بغير طلاق ، وهو قول ابن عباس والشافعي في القديم ، قيل ذكرت الشافعية ان الشافعي غسل كتبه القديمة وأشهد على نفسه بالرجوع عنها ، فمن جعلها مذهباً فقد كذب عليه ، قاله إمام الحرمين وغيره ما قال إن الفتوى عليه من القديم في خمسة عشر مسألة ، فذلك بالإجتهاد منهم ، ولم ينسبه إلى الشافعي رحمه الله تعالى .

(لقوله عليه السلام) اي لقول النبي ﷺ (الخلع تطليقة بائنة) هذا الحديث رواه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما من حديث عباد بن كثير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة ، وأعله بعباد بن كثير

الثقفي ، واسند عن البخاري قال تركوه ، وعن النسائي قـــال متروك الحديث . وعن شعبة قال أخذوا حديثه وسكتوا عنه إلا إذا خرج عن ابن عباس خلافه من رواية طاووس عنه قال الخلع فرقة ، وليس بطلاق انتهى . ولم يذكر أحد من الشراح دليلا لنا صحيحاً في هذا قال الأكمل لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ، روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم موقوفاً عليهم ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ انتهى .

فهذا كما رأيت ليس بدليل صحيح ، لأنه متى ثبت رواية هذا الحديث عن هـــؤلاء الصحابة موقوفاً عليهم ،متى يكون مرفوعاً . وقال الاترازي وروى أصحابنا في المبسوط ، فذكر مثله ، غير انه قال اولاً ولنا ما روى البخاري فذكر حديث ثابت بن قيس الذي ذكرناه عن قريب ، وفيه إقبل الحديقة وطلقها ، فهذا يدل على ان الخلع طلاق ، ولكن لا يتم بهذا الدليل ، لأن المدعي انه طلاق بائن ، وليس ما يدل على انه بائن . وقال الكاكي روى البخاري انه عليه السلام قال لثابت إقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وفي رواية قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ، وفي رواية قال اقبل الحديقة وخل سبيلها ، فدل على انه تطليقة بائنة ، ولأنه لو كان رجعياً يردها كرها فالأمر على موضوعه بالنقض .

قلت لفظ وخل سبيلها وقع في رواية ابي داود من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها بلفظ فارقها . وقال الاترازي وأما كون الخلع بائناً فلمـا روى القطني في كتاب غريب الحديث الذي صنفه عن عبد الرزاق عن معمر عن المغيرة عن ابراهيم النخعي انه قـــال الخلع تطليقة بائنة ، وابراهيم قد أدرك الصحابة وزاحمهم في الفتوى ، فيجوز تقليده ، أو يحمل على انه شيء رواه عن رسول الله ﷺ ، لأنـــه من قرن العدول فيحمل أمـــره على الصـــلاح صيانـــة عن الجزاف والكذب ، انتهى . قلت هذا الكلام بطوله لا يرد الخصم ولا يرضى به .

فإن قلت الخصم يقول قـــال الله تعالى ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان ﴾ ٢٢٩ البقرة ، ثم قال الله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ بيانه ان الطلاق محصور بالثلاث بالاجماع ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلقات اربعاً ، والـلازم

منتف فيقتضي الملزوم ، ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم الكفاءة ، وخيار العتق وخيار البلوغ ، فيجوز فسخه ايضاً بالتراضي بالخلع كالبيع . قلت اجيب عن الآية بأن الله تعالى ذكر الطلقة الثالثة بعوض وغير عوض ، فلا يكون الطلاق أربعاً ، بيانه أن قوله تعالى ﴿ أو تسريح بإحسان ﴾ بغير عوض ، وقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ طلاق بعوض .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قوله تعالى الطلاق مرتان ، بين حكم الطلقتين على غير وجه الخلع ، ثم قال فإن طلقها فلا جناح عليهما فيما افتدت به على الطلقتين ، يعني على وجه الخلع ، ثم قال ﴿ فإن طلقها ﴾ ، أي الثالثة يلزم من جعل الخلع طلاقاً كون الطلاق اربعاً . قلت فيه تأمل ، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ، ألا ترى انه لا فسخ بالهلاك قبل التسليم ، والملك الثابت به ضروري لا يظهر في حق الاستيفاء ، والفسخ بعد الكفاءة وخيار البلوغ قبل التمام ، فكان في معنى الامتناع عن الاتمام ، فأما الخلع يكون بعد تمام العقد ، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ، ولكن يحتمل القطع في الحال ، فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع القيد .

فإن قلت قال ابن حزم حديث ثابت مفسوخ لما ان رواية ابن عباس وعمله بخلاف رواية دليل نسخه . قلت اجاب الكاكي عن هذا بقوله صح رجوع ابن عباس إلى قول العامة ، مع انه روي عن ابن عباس انه عليه السلام جعل الخلع تطليقة بائنة ، انتهى . قلت هذا مجرد دعوى فلا يرضى بها الخصم ، فمن هو الذي صح رجوعه ، وروايته فإن كان الاعتماد على تصحيح روايته عن النبي ﷺ كما في الباب ، فقد وقفت على حاله مع انه روي عنه خلافه كما ذكرنا .

(ولأنه) اي ولأن الخلع (يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات ، والواقع بالكنايات بائن) سوى قوله انت واحدة ، واعتدي ، واستبرئي رحمك (إلا ان ذكر المال) جواب عما يقال لو كان الخلع من الكنايات لكانت النية شرطاً فيه ، وليست بشرط ، فأجاب

أغنى عن النية هنا ، ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها ، وذلك بالبينونة ، وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً ، لقوله تعالى ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾ إلى أن قال ﴿ فلا تأخذوا منه شيئاً ﴾ ٢٠ النساء ،

بقوله – إلا ان ذكر المال – (أغنى عن النية هنا) اي في الخلع ، تقريره انجانب الطلاق يتعلق بذكر المـــال وقبوله بمقابلة فداء نفسها ، فلم يحتج إلى النية كما في حـــال مذاكرة الطلاق .

(ولأنها) أي ولأن المرأة (لا تسلم المـــال إلا لتسلم لها نفسها) بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح ، فلما ذكر العوض كان المراد الانخلاع عن النكاح كما مر ، وذلك إشارة إلى ما ذكر من سلامة النفس عند تسليم المـــال (ولا يكون ذلك إلا بالبينونة) فقلنا يكون الخلع بائناً .

(فإن كان النشوز) من نشزت المرأة إذا استصعبت عليه وابغضته . وقال الزجاجهو الكراهة والاعراض من كل واحد من الزوجين عن الآخر ، وكذلك النشوز يقال نشزت المرأة عن زوجها ونشصت [1]، ثم إن كان النشوز (من قبله) اي من قبل الزوج (يكره له أن يأخذ منها) أي من المرأة (عوضاً) قليلا كان أو كثيراً (لقوله تعالى ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾ إلى أن قال ﴿ فلا تأخذوا منه شيئاً ﴾ ٢٠ النساء) تمـــام الآية ﴿ وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخـذونه بهتاناً وإثماً مبينا ﴾ فالزوج يشترك فيه الذكر والأنثى ، كما في قوله تعـــالى ﴿ ادخل انت وزوجك الجنة ﴾ والقنطار مل مسك ثور ذهباً او فضة ، ويقال هو سبعون ألف دينار ، ويقال ألفومائتا أوقية كذا قال صاحب ديوان الأدب ، والأوقية أربعون درهماً .

وقال الزمخشري القنطار المال العظيم . والبهتان ان يستقبل الرجل بأمر قبيح ، وهو بريء منه ، والآية نص على كراهة اخذ العوض،ومع هذا لو أخذ العوض جاز،لان النهي

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الاصل . ا ﻫ مصححه .

ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، وفي رواية الجامع الصغير طاب له الفضل أيضاً لإطلاق ما تلوناه

لمعنى في غيره ، وهي زيادة الايحاش ، فلا يعدم مشروعيته كالبيع وقت النداء يوم الجمعة يجوز و كره ، ويجوز الخلع على مال ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية ابن القاسم. وقال الزهري ومالك لا يحل له أخذ شيء إذا كان النشوز منه ، ومع ذلك لو تخالعا لزمه الطلاق ، ويرد ما أخذ منها . وفي الذخيرة خالعها ثم قال لم أنو به الطلاق ، فإن لم يذكر بدلاً صدق قضاء وديانة ، وإن ذكر لا يصدق قضاء ، وفيه لو قضى يكون الخلع فسخا ، قال بعض اصحابنا ينفذ ، لانه مروي عن ابن عباس . وقال بعضهم لا ينفذ .

وفي كتب الشافعية الخلع طلقة إذا كان بلفظ الطلاق ، وبلفظ الخلع والفسخ . والمفازاة إن نوى الطلاق فطلاق وإن لم ينو الطلاق فثلاثة أقوال طلاق او فسخ او ليس بشيء . ولفظ الخلع صريح ، وفي قول كناية والمفازاة كالخلع في الاصح لا خلاف في مذهبه ان الكناية تقع بلا نية ، وخالف فيه الائمة الثلاثة .

(ولانه) اي لان الزوج (أوحشها بالاستبدال ، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال) حتى لا يحصل لها ضرر من وجهين استبدال الزوج وأخذ المال (وإن كان النشوز منها) من المرأة (كرهنا له) اي للزوج (ان يأخذ منها اكثر مما أعطاها) وهو أخذ الفضل على ما ساق إليها ، اما مقدار المهر فلا يكره أخذه ، وهذه رواية كتاب طلاق الاصل .

(وفي رواية الجامع الصغير طاب له الفضل ايضا) اي الفضل على مقدار مهرها (لاطلاق ما تلوناه) وهو قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ وهو بإطلاقه يشمل القليل ، والكثير والمهر وغيره . وفي التمهيد وجوز مالك والشافعي الخلع بجميع مالها إذا كان النشوز منها لقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ وعن مولاة لصفية بنت ابي عبيد اختلعت بكل شيء لها ، فلم ينكر ذلك ابن عمر ، وقال ابن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا بأس ان يأخذ منها اكثر مما أعطاها ، وهو اخذ الفضل على ما ساق اليها ، وهو قول عكرمة ومجاهد وابراهيم وآخرين قال عكرمة يأخذ منها

بدءاً . ووجه الأخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا ، وقد كان النشوز منها .

حتى مرطها . وقال ابراهيم ومجاهد يأخذ منها عقاص رأسها . وفي المحلى وكره علي بن أبي طالب والحكم بن عتبة وحماد بن ابي سليمان وميمون بن مهران ان يأخذ زيادة على ما اعطاها . وفي التمهيد وهو قول الحسن وعطاء وطاووس وعن ابن المسيب والشعبي لا يأخذ منها كل ما اعطاها إذا كان النشوز منه وهو مضاراً (بدءاً) أولا يعني الآية التي بدأنا بها اولاً ، وهو قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ .

(ووجه الاخرى) أي الرواية الاخرى ، اراد به رواية القدوري وهو قوله كرهنا له ان يأخذ مما اعطاها ، وهي رواية الاصل (قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس ، اما الزيادة فلا) هذا روي مرسلاً عن عطاء . وعن ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم ، فحديث عطاء رواه ابو داود في مراسيله عنه ، قال جاءت امرأة إلى النبي ﷺ تشكو زوجها ، فقال أتردين إليه حديقته التي اصدقك ، قالت نعم وزيادة ، قال امـا الزيادة فلا . وحديث ابن الزبير اخرجه الدارقطني في سننه عن حجاج عن ابن جريج قال أخبرني أبو الزبير بن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن ابي بن سلول ، وكان اصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبي ﷺ اتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة ، فقال النبي ﷺ أمـا الزيادة فلا ، ولكن حديقة فخذها وخل سبيلها ، انتهى .

وقال الاترازي وجه ما روى أصحابنا ان امرأة ثابت بن قيس بن شماس اتت رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله لا انا ولا ثابت فقال اتردين عليه حديقته ، قالت نعم وزيادة، فقال اما الزيادة فلا ، فدل الحديث على الكراهة في اخذ الفضل .

(وقد كان النشوز منها) الواو فيه للحال . واعلم ان الزيادة المذكورة في حديث ثابت ابن قيس ليست ثابتة في رواية البخاري وغيره من الصحاح . وقال الاترازي اصحابنا أثبتوها في رواتهم في كتب الفقه ، انتهى . قلت هذا عمد في حق الاصحاب ، لأنهم مـا اثبتوها من عندهم بل اعتمدوا فيها على مرسل ابي داود ومرسل ابن الزبير الذين ذكرناهما.

ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء ، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه ولأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكماً ، والإباحة . وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض ، فبقي معمولاً في الباقي ، وإن طلقها على مال

(ولو أخذ الزيادة) اي ولو اخذ الزوج الزيادة فيما إذا كان النشوز من قبلها (جاز في القضاء ، وكذا إذا أخذ والنشوز منه) أي وكذا إذا أخذ الزوج والحال ان النشوز منه (لأن مقتضى ما تلوناه) وهو قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة (شيئان) تثنية شيء ، اشار إلى أحدهما بقوله (له الجواز حكماً) اي شرعاً ، وأشار إلى الآخر بقوله (والإباحة) وهي الحل (وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض) اي لأجل معارض ، وهو قوله ﷺ اما الزيادة فلا (فبقي) اي النص (معمولاً به في الثاني) وهو الجواز ، لأنه لا يلزم من نفي الاباحة نفي الجواز ، كما في البيع وقت النداء .

فإن قيل الجواز والإباحة عبارتان عن معنى واحد ، لأنه لا جواز بدون الاباحة ، ولا إباحة بدون الجواز ، فكيف يجوز أحدهما مع انتفاء الآخر . اجيب بل هما شيئان مختلفان ، لأن ضد الإباحة الكراهة ، وضد الجواز الحرمة ، وبضدها تتبين الأشياء ، وكذا شيئان لا ينفكان ، ألا ترى ان البيع وقت النداء جائز مع الكراهة وليس بمباح لما ان الاباحة عبارة عن عدم الكراهة ، واحتمل ان يكون الشيء جائز مع الكراهة ، وهذا كثير النظير ، فإن جميع صور النهي في الأفعال الشرعية كذلك .

فإن قلت الحديث الذي فيه ـ اما الزيادة فلا ـ خبر واحد، فكيف يعارض قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة ، قلت أجيب بأن النص إذا خص منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن كونه قطعياً ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد ، مع ان هذا الحديث إن كان معارض النص فهو موافق لنص آخر ، وهو قوله تعالى ﴿ فلا تأخذوا ﴾ فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب لا معارضة خبر الواحد فجاز التمسك به ، لأنه موافق لأحد النصين .

(وإن طلقها على مال) بأن قال طلقتك على الف درهم مثلا (فقبلت) في المجلس

فقبلت وقــع الطلاق ولزمها المال ، لأن الزوج يستبد بالطلاق تخييراً وتعليقــاً ، وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المـــال لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ، وإن لم يكن مالا كالقصاص

(وقع الطلاق ولزمها المال) المذكور ، وكذا الحكم إذا قــال خلعتك على الف درهم وبارأتك على الف درهم ، وكذا إذا بدأت المرأة فقالت طلقني على الف درهم ، او خالعني أو بارئني (لأن الزوج يستبد) اي يستقل (بالطلاق تخييراً وتعليقاً) اي من حيث التخيير بأن قال أنت طالق ، ومن حيث التعليق بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق (وقد علقه بقبولها) وقد علق الزوج طلاقها بقبولها المال ، لأن الحكم معاوضة من جانب المرأة بدليل اقتصاره على المجلس وولاية الرجوع ، فلا بد من القبول ، لأنه شرط في المعاوضات .

(والمرأة تملك التزام المال بولايتها على نفسها) حاصله ان هذا الصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعارضين وصلاحية المحل إلا أهلية الزوج فلا مستبد بذلك كما قدمناه ، وأمـــا اهلية المرأة فلأنها تتولى أمور نفسها ، وأمـــا صلاحية المحل فقد اشار إليها بقوله (وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه) هذا كأنه جواب عما يقال كيف جاز الاعتياض في الخلع ، وليس البضع بمتقوم حالة الخروج ، فأجاب بقوله وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه . (وإن لم يكن مالاً) وهو واصل بما قبله (كالقصاص) فإنه ليس بمال ، فجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله . قال الأكمل كذا في بعض (١) وأراد بـــه شرح الأترازي ، فإنه قال في شرحه هذا ، فكان الأكمل ما اعجبه هذا حق نسبه إلى غيره ، ولكنه لو كان عنده أوجه منه لبينه .

قال الاترازي فإن قلت لا نسلم ان الخلع تعليق الطلاق بالقبول ، ويجوز ان يكون تعليقاً بالأداء . قلت لأن الخلع من المقدمـــات ولا يجب الأداء في المعاوضات إلا بالقبول ، فكان تعليقاً بالقبول دون الأداء .

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما هي ـ بعض النسخ ، اهـ مصححه .

وكان الطلاق بائناً لما بينا، ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر، وهو النفس تحقيقاً للمساواة. قال وإن بطـــل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة ، فلا شيء للزوج ، والفرقة بائنة،

(وكان الطلاق) أي الطلاق الواقع على المال (بائناً لما بينا) وأشار بـــه إلى قوله - والواقع بالكنايات بائن - (ولأنه) أي ولأن الطلاق المذكور (معاوضة المال بالنفس) لأنهـــا تخلص نفسها بالمال الذي تدفعه إليه (وقد ملك الزوج أحد البدلين) وهو المال (فتملك هي) أي المرأة (الآخر وهو النفس تحقيقاً للمساواة) بينهما ، لأن نفسها لا تسلم لها إلا بالبائن ، لان حق الزوج في الرجعي ليس بمنقطع ، فلو جعل الخلع رجعياً لذهب مالها بلا عوض ، ولم يحصل غرضهـــا ، وذلك لا يجوز ، وكذلك يلزمها المال ، لانها من أهل الالتزام وقد تصرفت في خالص حقها ، فلو لم يلزمها بعد قبولها لزم الغرور على الزوج وذا لا يجوز ، ولانه لم يرض بفوات حقه بلا عوض .

(قـــال) أي القدوري رحمه الله تعالى (وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة ، فلا شيء للزوج والفرقة بائنة) أي يقع الطلاق البائن، والحكم فيما إذا خالعها على خمر أو دم كذلك ، وبه صرح في التحفة والمغني . ولو خالعها على خمر أو خنزير او ميتة أو دم أو حر فهو كالخلع بغير عوض لا يلزمها عند الائمة الثلاثة وأصحابهم ، ويقع عند مالك وأحمد رجعياً ، وعند زفر ترد مهرها ، وعند الشافعي يجب مهر المثل ويقع طلاقاً بائناً كقولنا ، انتهى .

واعلم ان الخلع والطلاق على مـــا لا يحل كالخمر وأخواتها جائز ، ويقع الطلاق لوجود الشرط ، ولا يجب له عليها شيء ، لانهـــا لم تغرره، والخمر وإن كانت مالاً لكنها ليست بمتقومة ، لان الشرع أهانه ، والامر في الميتة اظهر ، لانها ليست بمال اصلاً ، بخلاف مـــا إذا اغرته وقالت اختلع منك بهذا الخل فإذا هو خمر عليهـــا ان ترد المهر المأخوذ في قول أبي حنيفة . وفي قولهما عليها مثل كل ذلك من خل وسط، كذا ذكر الخلاف في مبسوط شمس

وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعياً فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول، وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العمل في الاول لفظ الخلع، وهو كناية، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة، وإنما لم يجب للزوج شيء عليها، لأنها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارّةً له ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام، ولا إلى إيجاب غيره

الائمة السرخسي، وإنما لم يبطل الخلع ببطلان العوض، لان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة.

(وإن بطل العوض في الطلاق كان) اي الطلاق (رجعياً) أي في الموطوءة دون الثلاث، وبه قالت الائمة الثلاثة (فوقوع الطلاق في الوجهين) يعني ببطلان العوض في الخلع، وببطلان العوض في الطلاق، واشار به إلى وجه الافتراق بينهما فقال وقوع الطلاق في الوجهين (للتعليق بالقبول) اي لاجل تعليق الطلاق بقبول المرأة (وافتراقهما) أي الوجهين (في الحكم لانه) اي لان الشأن (لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع) قال تاج الشريعة لفظ الخلع ينصب العامل ويرفع لفظ الخلع بخط المصنف، انتهى. وأراد بالاول بطلان العوض في الخلع (وهو) أي لفظ الخلع (كناية) من الفاظ الكنايات، والواقع بالكناية يأتي سوى الالفاظ الثلاثة التي مر بيانها فيما تقدم. وقال الكاكي هو كناية لا ينتفى به، بل يجب أن يقال وهو كناية، ولها دلالة على قطع الوصلة، لانه مشتق من خلع الخف أو القميص، وإنما احتيج إلى هذا التأويل لانه من الكنايات ما هو رجعي، انتهى. قلت هذا زيادة تعسف في التصرف على ما لا يخفى.

(وفي الثاني) وهو بطلان العوض في الطلاق (الصريح) اي صريح الطلاق (وهو) أي الصريح (يعقب الرجعة) لبقاء المحل (وإنما لم يجب للزوج شيء عليها) اي على المرأة (لأنها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارة له) اي للزوج، فإذا لم تصر غارة فلا يجب عليها شيء (ولأنه) اي ولأن الشأن، هذا دليل آخر (لا وجه إلى إيجاب المسمى للاسلام) اي لأجل الاسلام، لأن المسلم ممنوع من تسليمه وتسلمه (ولا إلى إيجاب غيره)

لعدم الإلتزام ، بخلاف ما إذا خالع على خـل بعينه فظهر أنه خمر ، لأنها سمت مالاً فصار مغروراً ، وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد ، لأن ملك المولى فيه متقوم ، وما رضي بزواله مجاناً ، أما ملك البضع في حالة الخروج غـــير متقوم على مـــا نذكر ، وبخلاف النكاح ، لأن البضـع في حالة الدخول متقوم ، والفقـــه فيه

اي لا وجه أيضاً لإلزام غيره (لعدم الإلزام) من جهة الغير بذلك (بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر ، لأنها سمت مالاً فصار) اي الزوج (مغروراً) لأنها غرته حيث قالت هذا الخل بعينه ، فإذا هو خمر ، فلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة ، وعندهما يجب كيل مثل ذلك من خل وسط كما في الصداق . ولو علم الزوج بكونه خمراً فلا شيء عليه . وعند الشافعي يجب مهر المثل ، وعند أحمد وأبي ثور يجب قيمته .

(وبخلاف مـــا إذا كاتب عبده او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد ، لأن ملك المولى فيه) اي في العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (ومارضي) أي المولى (بزواله) اي بزوال ملكه (مجاناً) أي بلا شيء . قال الجوهري قولهم أخذه مجاناً ، اي بلا بدل ، وهو فعال ، لأنه ينصرف ، انتهى . قلت ذكره في باب مجن ، وقال المجون ان لا يبالي الإنسان بما صنع ، وانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف تقديره مارضي زوالاً مجاناً .

(وأما ملك البضع) يعني في الخلع (في حالة الخروج غير متقوم) فلا يلزم من بطلان البدل فساد الخلع (على ما نذكره) اراد بـه ما نذكره بعيد هذا بقوله — والفقه ... إلى آخره — (وبخلاف النكاح) أشار بـه إلى الفرق بينه وبين الخلع ، حيث يصح النكاح ويجب مهر المثل ويصح الخلع ولا يجب شيء (لأن البضع في حالة الدخول متقوم) ولهذا إذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها جاز من جميع المال (والفقه فيه) أي في كون البضع غير متقوم في حالة الخروج دون الدخول ، والفقـه في اللغة الفهم ، ولكن العرف خصه

انـــه شريف ، فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهاراً لشرفه ، فأما الإسقاط فنفسه شريف فـــلا حاجة إلى إيجاب المال وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع ،

بعلم الشريعة ، وخصصه بعلم الفروع (منها انه) اي ان البضع (شريف) يعني له مقدار في نفسه (فلم يشرع تملكه إلا بعوض يقابله إظهاراً لشرفه) اي لأجل الإظهار أنه شريف، فلم يشرع تملكه بلا بدل إظهاراً لخطر المحل .

(فأما الإسقاط) أي إسقاط ملك الزوج عن البضع (فنفسه شرف فلا حاجـة إلى إيجاب المال) لعدم لزوم إهانة المحل المحترم . وقـال السغناقي فنفسه شرف أي يتشرف المرأة حيث تعود مالكة على نفسها من كل وجه كما كانت ، فلذلك لم يجب على الزوج شيء، بخلاف النكاح ، فإنه يجب عليه المهر ، لأن في النكاح استيلاء على كل محترم ، فيجب المال على مقابله بالإستيلاء . وقال الكاكي فلا حاجة إلى إيجاب المال إلا إذا تراضيا على مـال . وفي الجواهر للمالكيه خالعها على حرام وحلال صح مثل خمر ومال ، ولا يجب للزوج إلا المال ، وهو قياس قول اصحابنا وأحمد وقياس قول الشافعي يجب مهر المثل .

في جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء ، لأنه مال لا يستحقه بحال، ولا بد من القبول لوقوع الطلاق ، كخلع المبانة والصغيرة ، ولو خالعها على براءتها من دين لها عليه غير المهر ، او على براءتهـا من كفالة نفس ، أو على تأخير دين لها عليه صحت البراءة والتأخير إلى أجل معلوم ، ويكون الطلاق رجعياً ، ويصح التأجيل في بدل الخلع إلى أجل مجهول وجهالة مستدركة نحو الحصاد والدياس وإلى القطاف وهبوب الرياح لا يجوز، و كذا إلى الميسرة لا يصح التأجيل . وفي المحيط ويجب المال حالاً . وفي جهـــالة البدل تفسد التسمية وهو قول أحمد . وقال أبو ثور تفسد بالجهالة ، وهو قول أبي بكر من الحنابلة . وقال الشافعي يجب مهر المثل كالنكاح .

(قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (وما جاز ان يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع) وهذا بإجماع العلماء ، وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل ومالا يجوز أن يكون مهراً لا يجوز أن يكون بدلاً في الخلع، لأن من الأشياء ما لا يصح للمهر ويصح لبدل الخلع كدرهم إلى

لأن ما يصلح عوضاً للمتقوم أولى أن يصلح لغير المتقوم . فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها، لأنها لم تغره بتسمية المال

تسعة دراهم (لأن ما يصلح عوضاً للمتقوم اولى أن يصلح لغير المتقوم) هو البضع أيضاً ، لأنــه غير متقوم حالة الخروج ، ولهذا إذا اختلعت على ثوب موصوف جاز كما في المهر ، وإن اختلعت على ثوب فالتسمية فاسدة للجهالة كما في المهر ، وله المهر ، لأنها غرتــه ولا يجوز هنا ما لا يجوز ثمة ، كما إذا اختلعت على ما لا يحل كالخمر والميتة ، لكن هنا لا شيء للزوج على المرأة إذا وقع الخلع بقبول الزوج ، بخلاف النكاح على الخمر ونحوها حيث يجب مهر المثل .

(فإذا قالت له) اي المرأة لزوجها (خالعني على مـــا في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها) أي فلا شيء للزوج على المرأة ، لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغيره (لأنها لم تغره بتسمية المال) اي لأن المرأة لم تغرر زوجها بذكر ما له قيمة ، والمراد من اليد الجسة ، وكذا إذا اختلعت على ما في هذا البيت ، او على ما في شجري أو نخلي ، أو بطون غنمي ، فلم يكن شيء في تلك الساعة لا يرجع عليها كما ذكرنا ، أما إذا كان في تلك الساعة شيء فله ذلك ، لأن المسارعة الناشئة من الجهالة ترتفع بالإشارة الى المحل ، وفي النكاح يجب مهر المثل في هذه الصور ، لأن البضع متقوم عند الدخول ، وفي الصورة المذكورة يقع الطلاق ، وبه قال مالك وأحمد .

وفي البسيط لو وقع الخلع بدون ذكر المال قيل يجب المال ، بخلاف النكاح ، فإذا قلت لا يجب هل يفتقر إلى القبول ، قيل يفتقر ، لأن المخالعة مفاعلة كالمقاتلة والمضاربـــة ، فلا بد منه ، والخلع قد يقف على القبول كخلع السفينة والصغيرة على مال . وفي الوسط لو قال خلعتك على ما في كفك صح الخلع إن صححنا بيع الغائب وترك على مـــا في كفها ، وإن لم يصح فسد العوض ويجب الرجوع إلى مهر المثل . قال الغزالي وقال أبو حنيفة إن لم يكن في كفها شيء نزل على ثلاث دراهم ، وعلل وقـــال السروجي مذهب أبي حنيفة

وإن قالت له خالعني على ما في يدي من مال ، فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها ، لأنها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ، ولا إلى قيمة البضع ، أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج ، فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر عنه ،

وأصحابه انه لا يلزم شيء البتة من غير خلاف ، ونقله عنه غلط قبيح ، وتقليد وهم ، وخيال باطل مبني على الخطأ او المجازفة فيه .

وقال وكان قد اتفق ثلاثمائة مفتي على إباحة دمه في أيام السلطان محمود رحمه الله تعالى ، وافتوا بقتله من أجل اعتقاده مذهب الحكماء ، فقال السلطان محمود أنا رجل عامي لا أعرف هذا الأمر إن وجب قتله فاقتلوه ، فخلصه منهم الارصابندي من الحنفية ، ثم صنف إحياء علوم الدين ، وذكر فيه مناقب ابي حنيفة وأطنب في مدحه بالعلم والزهد والورع ، وذكر ابن عطية في تفسيره في سورة التكوير : ذهب قوم من الملحدين كالغزالي إلى ان الشمس نفس ابن آدم ، والنجوم عيناه وحواسه ، والعشاء ساقاه ، وذلك عند موته . وكفروه بأمور منها ليس في الممكن ابدع من هذا العالم .

(وإن قالت له خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض ، ولا وجه لإيجاب المسمى وقيمته للجهالة ، ولا وجه) أي ولا وجه ايضاً بالرجوع (إلى قيمة البضع ، أعني مهر المثل ، لأنه غير متقوم حالة الخروج) لأن الزوج لم يملك شيئاً ، بل اسقط حقه عنها (فتعين إيجاب ما قام به على الزوج) اي إيجاب ما قام البضع بالمال على الزوج ، وهو المهر ، وبه قال القاضي من الحنابلة . وفي المغني عليها ما يقع عليه اسم المشاع ، وعند أحمد وعند الشافعي عليها مهر المثل قولاً واحداً (دفعاً للضرر عنه) اي عن الزوج ، لأن فيه دفعاً للغرور بقدر الامكان ، ولا يقال البضع صار مستهلكا ولا إمكان بفسخ الخلع ، فيجب قيمة البضع عليها ، لأنا نقول يبطل ذلك بارتداد المرأة ، فإن استهلاك البضع حاصل مع هذا لا رجوع بقيمة البضع عليها .

ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدهـــا شيء فعليها ثلاثة دراهم ، لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه

وفي قاضي خان لو قال لها اخلعي نفسك بالمال أو بما شئت ، وقالت اختلعت لا يقع الطلاق ، لأنه يصير مستزيداً ومستنقصاً وهو محال ، وكذا لو قال بألف فقالت اختلعت ذكر في الوكالة انه يقع ، وفي الطلاق انه لا يتم ، ولو قال اخلعي نفسك ولم يذكر مـــالاً ذكر خواهر زادة انه تقع طلقة واحدة بائنة ، وفي المنتقى لا يصح ولا يكون دخولها إلا بالمال ، إلا ان ينوي الزوج الطلاق بغير مال ، وكذا لو قال لغيرها اخلع امرأتي فليس له أن يخلعها إلا بمال . وذكر ابن سماعة عن محمد انه يكون طلاقاً بائناً بغير مال ، وبه أخذ المشايخ . وفي جوامع الفقه لو قال بعتك نفسك بكذا كان خلعاً ، ولم يذكر البدل في رواية هشام وابن سماعة عن محمد . وعن الكرخي وأبي القاسم انــــه ليس بخلع . وفي موضع آخر انه يقع به طلاق بائن ولا يـبرأ الزوج عن المهر . وعن ابن سلام يبرأ ، وهو اختيار الشهيد حسام الدين في الفتاوى .

وفي الفتاوى ان نوى الطلاق يقع ولا يبرأ من المهر وقال إخلعي نفسك كذا ،فقالت فعلت لم يذكر البدل كان سؤالاً وطلباً للخلع ، حتى لو قــــال خلعتك بكذا يتوقف على قبولها ، هكذا في الأصل . وعن محمد يقع بغير شيء ، وكذا لو قالت اخلعني بـــمال . وفي الفتاوى لو قال اشتري نفسك منى ولم يذكر مالاً فقالت اشتريت لا يصح ، بخلاف قولـــه اخلعي نفسك منى فقالت اختلعت . ولو قالت اخلعني بكذا فقال طلقتك فهو جواب . وقيل ابتداء ولو قال طلقتك للسنة هو ابتداء بلا خلاف . ولو قال خلعتك بكذا فقالت نعم فليس بشيء كأنها قالت نعم خلعتني ، ولو قالت رضيت او أجزت صح .

(ولو قالت خالعني على مـــا في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم ، لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة من هنا للصلة) اي للبيان (دون التبعيض ، لأن الكلام يختل بدونه) اي بدون من ، لانها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم كان الكلام مختلا ، فكان صلة ،ويبقى لفظ الجمع فيلزمها ثلاثة دراهم .

وإذا اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ ، وعليها تسليم عينه إن قدرت ، وتسليم قيمته إن عجزت ، لانـــه عقد المعاوضة ، فيقتضي سلامـــة العوض ، واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل ، إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ،

فإن قلت ينبغي ان يلزمها درهم واحد ، لأن الجمع المعروف باللام للجنس ، قلت نعم إذا كان الجمع مجرداً عن الاضافة والإشارة لاختصاصه بما تحويه يده والدراهم حقيقة ، فيجب اعتبار معنى الجمعية على انا نقول أن اللام الداخل على الجمع فيه اختلاف ، قيد البعض بمطلق الجمع لعل المصنف ذهب إلى هذا القول ولا يرد عليها ما إذا قال لامرأته اختاري من الثلاث ما شئت ، فإنها إذا اختارت الواحدة او الثنتين يصح ، لأن – من – فيه للتبعيض لعدم اختلال الكلام بدونه ، بخلاف صورة الخلع ، فـــإن – من – فيها للتبين والصلة لاختلال الكلام بدونه ، ولا يقال المفهوم من اختاري ما شئت غير المفهوم من اختاري من الثلاث ما شئت ، لانا نقول المغايرة بين المعنيين لا تقتضي الاختلال في الكلام ، لأن المدعي صحة الكلام بدون ذكر من ، وصحته ليست بموقوفة على عدم المغايرة .

(وإذا اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه) اي إبابه ، يعني لاتطيق على تحصيله إن وجدته سلمته ، وإلا فلا شيء عليها (لم تبرأ) وعند مالك لا ضمان عليها ، وعند الشافعي يجب مهر المثل ان صح الخلع ، وفي الاصح عنده لا يصح الخلع (وعليهـا تسليم عينه) اي وعلى المرأة تسليم عين العبد (ان قدرت ، وتسليم قيمتـه ان عجزت ، لانه) اي لأن الخلع (عقد المعاوضة ، فيقتضي سلامـة العوض ، واشتراط البراءة عنه) اي عن الزوج (شرط فاسد فيبطل) اي الشرط (إلا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة) وكذا التبرعات لا تبطل بها .

فـإن قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بالشرط الفاسد ، ولكن ينبغي ان تفسد التسمية ويرجع الزوج عليها بالمهر . والجواب ان مبنى الخلع على التوسع ، فلا يمنع صحته باعتبار الاباق ، لان العقد إذا كان صحيحاً كان ماينافضه من الشرط فاسداً ساقطاً ، والساقط لا يؤثر فساد شيء .

وعلى هذا النكاح إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وهذا لان حرف الباء تصحب الأعواض، والعوض ينقسم على المعوض، والطلاق بائن لوجود المال، وإن قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة «رح» ويملك الرجعة

فإن قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى فكذا يوجب تسليمه بوصف كونه سليما، واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح، فيصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضاً. أجيب بأن استحقاق التسليم بوصف السلامة، الا ترى ان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا لا يجوز، والبيع شرط البراءة عن العيوب يجوز، فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى.

(وعلى هذا النكاح) يعني على هذا الحكم إذا تزوجها على عبد آبق له باشتراط البراءة عن ضمانه جاز النكاح، ولم يبرأ عن ضمانه، ويجب تسليم عينه اذا قدر، وإلا تسلم قيمته.

(وإذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) وبه قال الشافعي وعند مالك يقع بألف، وعند أحمد يقع بغير شيء (لأنها لما طلبت الثلاث بالألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وهذا لأن حرف الباء تصحب الأعواض، والعوض ينقسم على المعوض) اي على اجزاء المعوض، فيقابل كل طلقة بثلث الألف.

فإن قلت هذا يشكل بالبيع، فلو قال بعت منك هذه العبيد الثلاثة كل واحد بثلث الألف، فقبل البيع في واحد بعينه لم يجز، ولم يجب ثلث الألف. قلت الطلاق لايبطل بالشرط الفاسد لقبوله التعليق والأخطار، ولا كذلك البيع.

(والطلاق بائن لوجوب المال) اي بالإجماع.

(وإن قالت طلقني ثلاثاً على الف فطلقها واحدة، فلا شيء عليها عند ابي حنيفة) وبه قال أحمد كقوله في الباء. وقال مالك كالكلام في الباء (ويملك الرجعة) لأنها لما

وقالا هي واحـــدة بثلث الألف ، لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى أن قولهم إحمل هـذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء . وله أن كلمة على للشرط قال الله تعالى ﴿ يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً ﴾ ١٢ الممتحنة . ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطاً ،

لم يجب المال ، لأن الشروط لا تتوزع على اجزاء الشرط كان الطلاق رجعيـاً ، لأن الزوج كان مبتدئاً في إيقاع الطلاق ، وصريح الطلاق يعقب الرجعة في المدخولة إذا لم يقرن بالثلاث (وقـالا) اي قال أبو يوسف ومحمد (هي واحدة بائنة بثلث الألف) أي الطلقة واحدة بائنة ، وبه قال الشافعي (لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات) يعني تستعمل في المعاوضات بمعنى الباء والخلع معاوضة ، فيكون بمنزلة البـــاء كدخوله على المال دون الطلاق ، والمال لا يقبل التعليق (حتى ان قولهم احمل هـــذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) سواء بالرفع خبر إن ، والباء لمعان كثيرة منها تستعمل بمعنى الاستعلاء ، فتكون بمعنى على ، كما في قوله تعالى ﴿ من إن تأمنه بقنطار ﴾ ٧٥ آل عمران ، اي على قنطار ، ﴿ وإذا مروا بهم ﴾ أي عليهم ﴿ يتغامزون ﴾ .

(وله) اي ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى (ان كلمة على الشرط ، قـــال الله تعالى ﴿ يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئاً ﴾ ١٢ الممتحنة) أي شرط ان لا يشركن، وهذا في بيعة النساء والشرط يقابل المشروط جملة ، ولا يقابله أجزاءه وعلى هذا لو قال لها أنت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً ، وكذا إذا قال بعت هـــذا العبد على انه خباز أو كاتب كان شرطاً .

فإن قلت يشكل هذا بما إذا قالت له طلقني وفلانة على الف ، فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة مـــا لو التمست بحرف الباء . وأجيب بأنه حملت هناك على الباء ، لأنه لا غرض لها في طلاق فلانة ، فيجعل ذلك كالشرط . ولهـا في اشتراط إيقاع الثلاث غرض صحيح ، كذا في المبسوط .

(ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً) هذه المسألة للاستشهاد على

وهـــذا لأنه الملزوم حقيقة ، واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء ، وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط ، بخلاف الباء ، لأنه للعوض على ما مر ، وإذا لم يجب المال كان مبتدأ ، فوقع الطلاق ويملك الرجعة . ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء ، لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا ليسلم الألف كلها ، بخلاف قولها طلقني ثلاثاً بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها .

ان على للشرط ، وليست هي بمسألة ابتدائية (وهذا لأنه) اي لأن حرف على (الملزوم حقيقة ، واستعير للشرط لأنه) اي لأن الشرط (يلازم الجزاء) بيانـــه ان كلمة على للاستعلاء ، ثم إذا استعملت للشرط تكون مجازاً ، ويجوز المجاز للاتصال من حيث الملازمـــة ، لأن وجود الشرط مستلزم لوجود الجزاء (وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع) على صيغة المجهول ، يقال توازعوه إذا اقتسموه ، وهو متعد كما ترى (على أجزاء الشرط) لأن المشروط لا يوجد إلا عند وجود الشرط ، والشرط عبارة عن جميع الأجزاء فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط ، لعدم وجود الشرط (بخلاف حرف الباء ، لأنه للعوض على ما مر) اي عند قوله لأن حرف الباء يصحب الاعواض .

(وإذا لم يجب المال) في المسألة المذكورة ، وهي قوله وإن قالت طلقني ثلاثاً ... إلى آخره (كان مبتدأ) اي كان الرجل مبتدأ غير مبني على سؤالها (فوقع) اي الطلاق وقع رجعياً ، وهو معنى قوله (ويملك الرجعة) لان الطلاق الصريح يعقب الرجعة .

(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء ، لان الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الالف كلها) لان رضاه بزوال ملكه بالالف لا يدل على رضاه بزوال ملكه بأقل من الالف (بخلاف قولها طلقني ثلاثاً بألف) فطلقها واحدة يقع واحدة بائنة (لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها) أي ببعض

أرضى . ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا بـــد من القبول في الوجهين ، لأن معنى قولـه بألف بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قولـه على ألف على شرط ألف يكون لي عليـك ، والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن لمـــا قلنا .

الالف (ارضى) يعني لما رضيت بتملك نفسها بوقوع البينونة بأقل من الالف كان رضاها بالالف بالطريق الاولى .

(ولو قال لها انت طالق على الف وقبلت فقبلت وعليها الالف) وإنما توقف على قبولها ، لانه إيجاب معاوضة فلا بد من القبول ، فإذا قبلت وقعت واحدة بائنه لوجوب المال ، لكن بشرط القبول في المجلس ، حتى إذا قامت قبل القبول بطل ذلك ، لانـــه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الامر منها ، والتمليكات تقتصر على المجلس (وهو كقوله أنت طالق بألف) أي حكم هذا الحكم ذلك فيما ذكر . وذكر التمرتاشي لو قـــال أنت طالق بألف او على الـــف أو خالعتك على الـــف او باريتك او طلقتك بألف يقع على القبول في المجلس ، وهذا يمين من جهة فيصح تعليقه وإضافته ، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويتوقف على البلوغ عليها إذا كانت غايته ، لانـــه تعليق الطلاق بقبولها المال ، وهو من جهتها المبادلة ، فلا يصح تعليقها وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ، ويبطل بقيامها عن المجلس .

(ولا بد من القبول في الوجهين) أي في قوله انت طالق على الف ، وفي قولـه أنت طالق بألف (لان معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك ، والعوض لا يجب بدون قبوله ، والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن كما قلنا) اي لوجوب المال .

ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت ، أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة « رح » ، وكذا إذا لم يقبلا ، وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبلا وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق . لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ، فإن قولهم إحمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم، وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بماقبلها إلا بدلالة الحال

(ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف ، فقبلت ، او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليها) اي على المرأة والعبد ، اي لايجب عليهما شيء (عند ابي حنيفة ، وكذا إذا لم يقبلا) اي المرأة والعبد (وقالا) اي قال أبو يوسف ومحمد وبه قال الشافعي وأحمد (على كل واحد منهما) اي من المرأة والعبد(الالف إذا قبلا) أي كل واحد منهما (وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق) وكذا اي على الخلاف إذا قالت طلقني ولك الف درهم ففعل الزوج وقــع الطلاق ، ولم يكن له في الالف شيء عند ابي حنيفة .

(لهما) اي لابي يوسف ومحمد (ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة) أراد بهذا الكلام قوله وعليك الف ، وقولها ذلك الف وهو يستعمل للمعاوضة ، والخلع معاوضة ايضاً(فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك علي درهم بمنزلة قولهم بدرهم) وكذا خيط هــذا الثوب ولك درهم توضيحه ان الواو قد تكون للحال ، ولا وجه لتصحيح كلامه ان يحمل على ذلك ، فيصير كأنه قال انت طالق في حال مـا يجب عليك الف ، ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها ، كما لو قال أد لي الفاً وأنت طالق ، أو لعبده أد إلي الفاً وأنت حر ، فإن الطلاق والعتاق لا يقعان إلا بالمال .

(وله) أي ولابي حنيفة (انه) اي ان قوله عليك الف (جملة تامة) مستقلة بنفسها، لانها مبتدأ وخبر ، والاصل فيهــا الاستقلال (فلا ترتبط بما قبلها إلا بدلالة الحال ،

إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة هنا ، لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال ، بخلاف البيـــع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه .

ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل ، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف ، وهذا عند أبي حنيفة « ر ح » . وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع ، وعليها ألف درهم لأن الخيار للفسخ بعد الإنعقاد لا للمنع من الإنعقاد والتصرفات لا يحتملان الفسخ من الجانبين ،

إذ الاصل فيها) أي في الجملة (الاستقلال) اي الاستبداد بنفسها (ولا دلالة هنا) على الارتباط بما قبلها (لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال) لان عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض (بخلاف البيع والاجارة ، لانهما لا يوجدان دونـــه) اي دون المال لكونهما معاوضة محضة ، فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلاً .

(ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار ، او على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) أي قالت قبلت (فالخيار باطل إذا كان للزوج) فالطلاق واقع (وهو)أي الخيار (جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث) أي في ثلاثة أيام (بطل) أي الطلاق (وإن لم ترد) اى الخيار (طلقت ولزمهـــا المال ، وهذا) اى هذا الذى ذكرناه عند ابي حنيفة (وقالا) اى أبو يوسف ومحمد (الخيار باطل في الوجهين) أي فيما إذا كان الخيار من جانبها او من جانبه (والطلاق واقع وعليها الف درهم) وبه قـــال الشافعي وأحمد (لان الخيار) اي شرعية الخيار (للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد) يعني أثر الخيار في الفسخ بعد صحة الإيجاب لا في المنع من الايجاب (والتصرفات) أى إيجاب الزوج وقبول المرأة (لا يحتملان الفسخ من الجانبين) اى من جانب الزوج وجانب اليمين .

لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ، ولأبي حنيفة « رح » أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ، ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، فيصح اشتراط الخيار فيه ، أما في جانبه فيمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق .

(لانه) لان الخلع (في جانبه يمين) لانه ذكر شرط وجزاء ، يعني اليمين لا يقبل الفسخ (ومن جانبها شرط) اى اليمين ، فإن يمين الزوج تتم بقبول المرأة ، فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ (ولابي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع) لانه تمليك مال بعوض (حتى يصح رجوعها) ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع ، وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه (ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، فيصح اشتراط الخيار فيه ، اما في جانبه) اى اما الخلع في جانب الزوج (فيمين حتى لا يصح رجوعه ، ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق) يعني يصح الخيار من العبد ، إذا خيره في الاعتاق على مال كما يصح الخلع من جانب المرأة توضيحه إذا طلقها على مال جعل لها الخيار ثلاثة ايام جاز عند ابي حنيفة لانه في معنى البيع ، فكذلك إذا اعتق عبده على مال ، وجعل له الخيار ثلاثة أيام جاز ، لانه في معنى البيع ، وعندهما لا يصح الخيار ، لان بذل المال شرط اليمين ، ولا يصح الخيار في اليمين ، وكذا في شرطها .

فإن قيل ثبوت الخيار ثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره . قلنا اثبتنا الخيار هنا بدلالة النص لا بالقياس ، فإن ثبوت الخيار في البيع لرفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضر ، والحاجة إلى الرأي فيه اكثر ، فإنه ربما يفوته هذا الازدواج على وجه لا يحصل له مثله أبداً ، فيصح فيه الخيار للتأمل ، وهذا المعنى يعرفه كل من يعرف اللغة ، فيكون ثابتاً بدلالة النص .

ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل ، فقال قبلت فالقول قول المشتري ، ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار به لا يكون إقراراً بالشرط لصحته بدونه ، وأما البيع فلا يتم إلا بالقبول ، والإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه . قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح

(ومن قال لامرأته طلقتك أمس على الف درهم ، فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج) مع يمينه (ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل ، فقال قبلت فالقول قول المشتري ، وجه الفرق) اي بين المسألتين ، مسألة الطلاق ومسألة البيع (ان الطلاق بالمال يمين من جانبه) لأنه تعليق الطلاق بشرط قبول المرأة المال واليمين يتم بالحالف (فالإقرار به) أي باليمين ، وإنما ذكر الضمير على تأويل الحلف (لا يكون إقراراً بالشرط) اي لوجود الشرط ، لأنه إذا وجد الشرط انحلت اليمين وارتفعت ، فكان القول قول الزوج مع اليمين (لصحته) أي لصحة اليمين ، وجه تذكير الضمير مر الآن (بدونه) اي بدون الشرط .

(أما البيع فلا يتم إلا بالقبول ، فالإقرار به) أي بالبيع (إقرار بما لا يتم إلا به) الضمير المستتر في – لا يتم – يرجع إلى البيع أيضاً (فإنكاره القبول رجوع منه) فلا يصدق.

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (والمبارأة كالخلع) المبارأة من بارأ شريكه ، أي إبراء كل واحد منهما صاحبه ، وهي بالهمزة . قال في المغرب ترك الهمزة خطأ (كلاهما) اي كل من المبارأة والخلع (يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) أي بسبب النكاح مثل المهر والنفقة الماضية دون المستقبلة ، لأن المختلعة والمبارأة

عند أبي حنيفة « رح » . وقال محمد « رح » لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف « رح » معه في الخلع ، ومع أبي حنيفة « رح » في المبارأة . لمحمد « رح » أن هذه معاوضة ، وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ، ولأبي يوسف « رح » إن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقضيها من الجانبين ، وإنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض ،

تستحق النفقة والسكنى ما دامت في العدة ، وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي ، وقوله — بما يتعلق على الآخر بالنكاح — احتراز عن دين وجب بسبب آخر ، فإنه لا يسقط على ظاهر الرواية ، ونفقة العدة لا تسقط أيضاً إلا بالتسمية ، وكذا السكنى بالإجماع ، ولو خالعها ولم يذكر المال وقبلت لا يسقط شيء من المهر في ظاهر الرواية . وقال الشيخ الإمام السعدي وشيخ الإسلام سقط إن كان عليه ، ولا يجب عليها رد ما قبضت ، لأن المال مذكور عرفاً بذكر الخلع .

(هذا عند أبي حنيفة ، وقال محمد لا يسقط فيهما) اي في المبارأة والخلع (إلا ما سمياه) أي الزوجان ، يعني لا يسقطان شيئاً سوى المسمى في عقد الخلع ، وبه قال الشافعي (وأبو يوسف معه) اي مع محمد (في الخلع ، ومع ابي حنيفة في المبارأة لمحمد ان هذه) اي المبارأة والخلع (معاوضة ، وفي المعاوضات تعتبر المشروط لا غير) أي الذي وقع عليه الشرط (ولأبي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة) وباب المفاعلة يقتضي نسبة الفعل إلى فاعلين إلى أحدهما صريحاً ، وإلى الآخر ضمناً فثبت براءة كل واحد منهما بالآخر ، وهو معنى قوله (فتقضيها) اي فتقتضي البراءة (من الجانبين) .

(وانه) أي وإن لفظ البراءة والتذكير باعتبار المذكور (مطلق) يعني غير مقيد بشيء (فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض) وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة ، إنما يكون بإسقاط ماوجب بسبب تلك الوصلة ، كذا قاله بعض الشراح ، وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة

أما الخلع فمقتضاه الإنخلاع وقــد حصل في نفس النكاح ، ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ، ولأبي حنيفة « رح » أن الخلع ينبىء عن الفصل ، ومنـه خلع النعل وخلع العمل ، وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه . ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها ، لأنه لا نظر لهـا فيه إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم ، والبدل

بالنكاح ، فتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح .

(اما الخلع فمقتضاه الانخلاع ، وقد حصل في نفس النكاح ، فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام) اي سائر الأحكام ، لأنها لم تكن بسبب وصلة النكاح (ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الخلع ينبىء عن الفصل ، ومنه خلع النعل وخلع العمل) وهو انفصال العامل عنه (وهو) أي الخلع (مطلق كالمبارأة) فيضاف إلى الكامل (فيعمل بإطلاقهما) اي بإطلاق المبارأة والخلع (في النكاح وأحكامه وحقوقه) الواجبة بـــه دون سائر الديون . وقال الأترازي ثم بالخلع هل يقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح في ظاهر الرواية ، أو في رواية الحسن عن أبي حنيفة يقع ، وكذلك المبارأة هل توجب البراءة عن سائر الديون فيه اختلاف المشايخ ، والصحيح أنها لا توجب ، وكذا في الفتاوى الصغرى ، أما إذا كان العقد بلفظ الطلاق على مـال ، فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح ، ففي ظاهر الرواية لا يقع ، لأن لفظ الطلاق لا يدل على إسقاط الحق الواجب بالنكاح . وفي روايـة الحسن عن ابي حنيفة تقع البراءة عنها لاتمام المقصود . ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة قال في الفتاوى الصغرى ، والصحيح انــه كالخلع والمبارأة .

(ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها) وبـه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك يجوز ، لأن ولايته نظرية (لأنه لا نظر لها فيه) اي في هذا الخلع (إذ البضع) اى لأن البضع (في حالـة الخروج غير متقوم) ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث (والبدل

متقوم بخلاف النكاح ، لأن البضع متقوم عند الدخول ، ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ، وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ، ثم يقع الطلاق في رواية ، وفي رواية لا يقع ، والأول أصح ، لأنه تعليق بشرط قبوله ، فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط ، وإن خالعها على ألف ، على أنه ضامن ، فالخلع واقع ، والألف على الأب ، لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح ، فعلى الأب أولى

متقوم) ولا نظر في إلزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم (بخلاف النكاح) فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح (لأن البضع متقوم عند الدخول)أي حالة الدخول (ولهذا) أي ولأجل كون البضع في حالة الخروج غير متقوم ،ومتقوم عند الدخول (يعتبر خلع المريضة من الثلث) اى من ثلث التركة (ونكاح المريض) أي يعتبر نكاح المريض (بمهر المثل من جميع المال) فكأنه بمقابلة المتقوم بالمتقوم ، وهذا من وجوه النظر .

(وإذا لم يجز) اى الخلع (لا يسقط المهر ولا يستحق مالها) أي لا يستحق الزوج مالها بدل الخلع (ثم يقع الطلاق في رواية ، ولا يقع فى روايته والأول) اى وقوع الطلاق (أصح) قال الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير (لأنه تعليق بشرط قبوله) اى لأن الخلع تعليق الطلاق بشرط قبول الأب وقد وجد (فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط) مثل ان يقول إن دخلت الدار وغيره ، وذلك إذا وجد الشرط ، فكذلك إذا وجد القبول .

(فإن خالعها) أي فإن خالع الأب الصغيرة (على الف على انه) اى ان الأب (ضامن فالخلع واقع ، والألف على الاب ، لان اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح ، فعلى الاب اولى) ومعنى الضمان هنا التزام المال على نفسه لا لكفالة الصغيرة ، لان الزوج

ولا يسقط مهرها ، لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب ، وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال ، لأنها ليست من أهل الغرامة ، فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان ، وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر ، وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين

لا يستحق عليه مالاً حتى يكفل عنها أحد (ولا يسقط مهرها لانه لا يدخل تحت ولاية الأب) بل يبقى الكل إن دخل بها ، والنصف إن لم يدخل بها (وإن شرط الألف عليها) أى وإن شرط الأب الالف على الصغيرة (توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول) أى إن كانت عاقلة . وقال التمرتاشي إن كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها (وإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط) وهو القبول (ولا يجب المال لانها) اى لان الصغيرة (ليست من أهل الغرامة) بل يجب الكل إن دخل بها، والنصف إن لم يدخل بها.

(وإن قبله الاب عنها) أى فإن قبل بدل الخلع الاب عن الصغيرة (ففيه) أى ففي هذا القبول ، قاله الاكمل وقال الاترازى ، اى في وقوع الطلاق (روايتان) عن أصحابنا قلت الذى قاله الاكمل هو الصحيح روايتان في رواية يصح ، لان هذا نفع محض ، لان الصغيرة تخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة ، وفي رواية لا يصح ، لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين ، وذلك لا يحتمل النيابة كذا في مبسوط شيخ الاسلام في الكافي ، وهذا لا يصح .

(وكذا إن خالعها على مهرها) وكذا الحكم إن خالع الصغيرة زوجها على مهرها (ولم يضمن) الاب (المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر ، وإن قبل الاب عنها ، فعلى الروايتين) قال تاج الشريعة ، يعني في قبول الاب المهر روايتان، في رواية يصح ، وهو قول عامة المشايخ ، لانه نفع محض ، وفي رواية لا يصح ، لان هذا القبول شرط اليمين ، وذلك لا يحتمل النيابة .

وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله ، وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحساناً . وفي القياس يلزمه الألف ، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ، ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة ، وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

(وإن ضمن الاب المهر) أى في صورة خلع الاب مع الزوج (وهو) أى المهر (الف درهم طلقت لوجود قبوله ، وهو الشرط ويلزمه) اى يلزم الاب (خمسمائة استحساناً) لأن المسألة مصورة في غير الموطوءة بدليل إيراد أهل هذه المسألة في الكبيرة التي يدخل بها ، ثم لما كانت الصغيرة غير موطوءة ، وأضيف الخلع إلى مهر ، والمهر ما يجب بالنكاح ، والواجب بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة ،فكأنه خالعها على خمسمائة (وفي القياس يلزمه الف) بحكم الضمان .

(وأصله) أي وأصل ما ذكر من هذه المسألة (في الكبيرة) أي في المرأة الكبيرة (إذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة) أي على المهر زائدة ، لأن الصفة تتبع المضاف اليه ، كما في قوله تعالى ﴿ سبع بقرات سمان ﴾ ٤٣ يوسف ، لأن الصداق إذا لم يكن مقبوضاً استحق الزوج عليها الفاً باعتبار القبول في الخلع ، ولها على الزوج خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيصير خمسمائة قصاصاً بخمسمائة ، فبقي للزوج عليها خمسمائة زائدة .

(وفي الاستحسان لا شيء عليها ، لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها) اي يراد بالخلع عادة حاصل ما يلزم المرأة على الزوج . وقال تاج الشريعة وجه الاستحسان انهم يريدون بالخلع على المهر ما يلزمه لها ، وهو خمسمائة بالطلاق قبل الدخول ، فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعاً على خمسمائة ،وقد سقط عن الزوج فلا يبقى عليها شيء ، فافهم.

فروع . لو قال خلعتك ولم يذكر عوضاً فقالت قبلت لا يسقط شيء من مهرها في ظاهر الرواية . وقال شيخ الإسلام والسعدي يبرأ من مهرها ويرد المهر ولو قبضت . وعن

أبي حنيفة روايتان لم يذكر العوض في الخلع ، والأصح براءته . وفي شرح الشافعي يبرأعن المهر عنده ، وفي المحيط والصحيح ان ما قبضه فهو لها ، وما كان أيضاً في ذمتـه يسقط ، ولو شرط البراءة عن نفقة العدة ومؤنة السكنى [1] سقطا بلا خلاف ، ولو شرطا البراءة عن السكنى لا يصح ، لأن السكنى في بيت العدة حق الله تعالى . وفي المرغيناني لا يصح البراءة عن نفقة العدة اتفاقاً إلا بالشرط بالطلاق ، ولا يقع الابراء عن نفقـة الولد ، وهو مؤنة الرضاع وإرضاع بالشرط ، ولو وقت له وقتاً جاز .

ولو مات الولد قبل تمام الوقت يرجع الأب إلى تمام المدة والحيلة ان لا يرجع اليهـا أن يقول الزوج خالعتك على أني بريء من نفقة ولدك ، فإن مـات فلا رجوع لي عليك ، ولا يدخل نفقة العدة في قوله خلعتك بكل حق لك علي ، لأنه لم يكن حق عليه عند الخلع . وفي الينابيع لو أبرأتـه من نفقة العدة بعد الخلع صح بخلاف الإبراء من العدة حال قيام النكاح ، قال صاحب الينابيع هكذا ذكره الطحاوي . وفي القنية خالعها على نفقة ولده عشر سنين وهي معسرة ، وطالبته بنفقتها يجبر عليها . وفي الذخيرة خالعهـا على رضاع ابنه سنتين بعد الفطام يجوز ، وكذا لو خالعها على ان تكسوه من مالها في المدة ولا يضره الجهالة ، ولو لم يشترط ذلك فلها طلب كسوته ، ولو كان في بطنها والمسألة بحالهـا ، ثم ولدته ميتاً رجع عليها بأجرة الرضاع سنتين ونفقة عشر سنين .

اختلعت على ان تترك ولدهـا عند الزوج فالخلع جائز ، والشرط باطل قالت بعتك مهري ونفقة عدتي ، فقال اشتريت في الظاهر انها لا تطلق ولكن الأحوط تجديد نكاح المختلعة يلحقها صريح الطلاق في العدة عندنا ، وبه قال الظاهرية ، وهو قول ابن المسيب وشريح وطاووس والزهري والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وهو قول ابن مسعود وأبي الدرداء وعمران بن حصين رضي الله تعالى عنهم ، وعند الشافعي ومالك وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم .

* * *

(١) هكذا الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

باب الظهار

(باب الظهار)

اى هذا باب في بيان أحكام الظهار ، وهو مصدر ظاهر يظاهر ظهاراً ، وفي الصحاح يقال ظاهر من امرأته وتظاهر وأظهر والظاهر وتظهر وظهر كل ذلك قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي ، والظهر في قوله عليه السلام لا صدقة إلا عن ظهر غنى مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب ، وظاهره إذا أعانه وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر وعدى بمن ، وإن كان ظاهر أمتعدياً ، لأنهم إذا ظاهروها تباعدوا منها كما في الإيلاء ، وفي المحيط والينابيع الظهار لغة مقابلة الظهر بالظهر والرجل والمرأة إذا كان بينهما شحناً يدير كل واحد منهما ظهره إلى الآخر .

وفي مبسوط الطوسي سمي ظهاراً اشتقاقاً من الظهر خص به دون البطن والفرج والفخذ ، لأن كل دابة يركب ظهرها ، فلما كانت الزوجة تركب وتغشى شبهت بذلك ، والمعنى ركوبك علي محرم كركوب ظهر أمي . وفي جامع الأصول أنهم أرادوا أنت علي كبطن أمي ، يعني على جماعها ، فكنوا عن البطن بالظهر لأنه عمود لبطن وللمجاوزة . وقيل ان اتيان المرأة من ظهرها كان محرماً عندهم ، فيقصد مطلق التغلظ في تحريم امرأته تشبيها بالظهر ، ثم لا يقتنع بذلك حتى يجعلها كظهر أمه .

وأمـــا الظهار شرعاً فهو تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه التأبيد كالأم والأخت والخالة والعمة سواء كانت من نسب أو رضاع أو مصاهرة ، وبه قال الشافعي بقوله ، ومالك وأحمد ، وفي قوله القديم يقتصر على التشبيه بالأم ، وفي قول يلحق بها الجدة ، ثم الظهار له ركن ، وهو قوله أنت علي كظهر أمي ، فيقع الظهار به ، سواء وجدت النية أو لم توجد ، لأنه صريح في الظهار ، وكذا إذا شبهه بعضو شائع أو معبر عن جميع البدن كما في الطلاق .
وشرط ان يكون المظاهر مسلماً ، فلا يصح ظهار الذمي عندنا خلافاً للشافعي وأحمد ،

وإذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطأها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ إلى أن قال ﴿ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ ٣ المجادلة

وبقولنا قال مالك ، ومن شرطه ان تكون منكوحته ، وفي المرأة كونها زوجته حتى لا يصح الظهار من أمته أو مدبرته أو أم ولده ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك والثوري يصح الظهار من كل أمة ، ومن شرطه أن يكون أهلاً لسائر التصرفات وهو العاقل البالغ ، فلا يصح ظهار الصبي بالإجماع .

وحكم ، وهو حرمة الوطء ودواعيه مؤقتاً إلى وجود الكفارة مع بقاء أصل النكاح ، كما في حالة الحيض .

وسبب وهو النشوز ، فإن آية الظهار نزلت في خولة ، وكانت ناشزة .

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطأها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم يوعظون به ، والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ ٣ المجادلة) وسبب نزول الآية ما روى الواحدي في كتاب أسباب نزول القرآن باسناده إلى عروة ، قال قالت عائشة رضي الله تعالى عنها تبارك الذي وسع سمعه كل شيء إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله ﷺ وهي تقول يا رسول الله ﷺ أبلى شبابي ، ونثرت له بطني حتى إذا كبر سني ، وانقطع ولدي ، ظاهر مني ، اللهم إني أشكو إليك ، قالت فما برحت حتى نزل جبريل عليه السلام بهذه الآية ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ﴾... الآية المجادلة .

قال الزمخشري هي خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت ،

والظهار كان طلاقاً في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ، وهذا لأنه جناية لكونه منكراً من القول وزورا ، فيناسب المجازاة عليها بالحرمة ، وارتفاعها بالكفارة

انتهى . قلت الذي قاله مروي عن عكرمة وعروة ومحمد بن كعب ، وقال أبو عمر خولة بنت ثعلبة بن صيرم فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف . وقيل ان التي نزلت فيها هذه الآية جميلة امرأة أوس بن الصامت . وقيل بل هي خولة بنت دملح ، ولا يثبت شيء من ذلك .

(والظهار كان طلاقاً في الجاهلية ، فقرر الشارع أصله) أي أصل الظهار (ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) ولا خلاف لأحد من العلماء (وهذا) أشار إلى حكم نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة (لأنه) أي لأن الظهار (جناية ، لأنه منكر من القول وزورا) كما في قوله تعالى ﴿وانهم ليقولون منكراً من القول وزورا﴾ ٢ المجادلة ، وبالمنكر ما تنكره الحقيقة والشرع ، وبالزور الكذب الباطل حيث شبه من هي في أقصى غايات الحل بمن هي في أقصى غاية الحرمة ، فناسب المجازات عليها بالحرمة جزاء على جنايته .

(وارتفاعها) أي ارتفاع الجناية (بالكفارة) قال الله تعالى ﴿ إن الحسنات يذهبن السيئات ﴾ ١١٤ هود ، وقال عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها . وفي المنافع الكفارة تجب بالظهار والعود ، لأن الظهار منكر من القول وزوراً ، فهو كبيرة محضة ، فلا يصلح سبباً للكفارة ، لأنها عبادة ، إذ الغالب فيها معنى العبادة ، فلا يكون سبباً محظوراً محضاً ، فتعلق وجوبها بها ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو إمساك بالمعروف بعد الظهار وهكذا في الينابيع ، وفي الحواشي وفي المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء ، والظهار شرط قبل الحكم يتقرر بتقرر سببه لا شرطه ، والأمر على العكس ، فإن الكفارة تتكرر بتكرار الظهار دون تكرار العزم على الوطء .

وفي المبسوط بمجرد العزم على الوطء لا تتكرر الكفارة عندنا ، حتى لو أبانها بعد هذا

أو مات لا تجب الكفارة ، وهذا دليل على ان الكفارة غير واجبة لا بالظهار ، ولا بالعود إذ لو وجب لمـا سقطت ، بل موجب الظهـار ثبوت التحريم ، فإذا أراد رفعه لا بد من الكفارة حتى لو لم يرد ذلك ولم تطلب لا تجب عليـه الكفارة أصلا . وفي الينابيع رضي أن يكون محرمة ولا يعزم على وطئها لا تجب الكفارة . ولو عزم ثم ترك لا تجب أيضاًفعلم أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار ، وهو قول أحمد ومالك في الصحيح . وعنده في قول تجب بنفس الظهار .

واختلف أهل العلم في العود المذكور في قوله تعالى ﴿ ثم يعودون ﴾ فعندنا هو العزم على إباحة الوطء . والقول الثاني : قال مالك إرادة الوطء في رواية أشهب . والثالث : إرادة الوطء مع استدامة العصمة ، وإن لم يجمع على الوطء لم تجب الكفارة . ولو كف لا يجزئه ، وهو قول مالك ، وعندنا يجزئه ، وفي شرح مختصر الكرخي لو بانت منه بالطلاق أو تزوجت بغيره و كفر صح التكفير . والرابع : العود إلى الوطء نفسه رواه عبدالوهاب عن مالك ، فعلى هذا لا يجزئه التكفير قبل الوطء . والخامس : سكت عن طلاقها عقيب الظهار ، وفي زمان يمكنه طلاقهـــا ، وبه قال الشافعي وأصحابه وبعض الظاهرية . والسادس : العود أن يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانية ، ولا يجب عليه بالأول شيء ، وهو قول داود الظاهري . السابع : هو العود في الإسلام لا نفس القول بالظهـــار الذين كانوا يظاهرون به في الجاهلية في تعاطي الظهار، وهو قول الثوري .

(ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه) وهي اللمس والقبلة ، لأنهما داعيان إلى الوطء ، وبه قال الزهري والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي في أحد قوليه ، وأحمد في رواية. وقال الشافعي في قول لا تحرم الدواعي وبـه قال أحمد في رواية (كيلا يقع فيه) أي في الوطء (كما في الإحرام) أي في حالة الاحرام بالحج يحرم الوطء ودواعيـه أيضاً ، وكذا في الاعتاق والاستبراء ، لأن من حام حول الحمى يوشك ان يقع فيــه (بخلاف الحائض

والصائم لأنـــه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام ، فإن وطئها قبـــل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ، ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبـــل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ،

والصائم لانه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج) وهو منتف بالنص (ولا كذلك الظهـــار والإحرام) فإنما يقعان قليلاً ولا يقضي حرمة الدواعي فيهـــا إلى الخروج .

(فإن وطئها قبل ان يكفر) عن يمينه (استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى) هي الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ، وهو قول الجمهور ومالك والشافعي وأحمد . وقال عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير والزهري وقتادة وعبد الرحمن بن مهدي يجب كفارتان . وقال الحسن البصري والنخعي يجب ثلاث كفارات .

ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما أتى رسول الله ﷺ وتظاهر عن امرأته وقد وقعت عليها قبل ان أكفر قال ما حملك على هذا ، قال رأيت خلخالهـــا في ضوء القمر ، قال لا تقربها حتى تفعل ما أنزل الله ، ورواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة . وفي الكشاف هو سلمة بن صخر البياضي . قلت هو في رواية الترمذي عن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ، قال كفارة واحد . ثم هذا حديث حسن غريب ، وسلمة بن صخر هذا معرف بالبياضي وليس منهم ، وإنما كانت دعوته فيهم فنسب إليهم . وهو من الخزرج وهو سلمة بن صخر بن سليمان بن الصمت بن حارثـــة بن الحارث بن زيد بن مناب بن حبيب بن عبد حارثـــة بن مالك بن عصيب بن جسم بن الخزرج الأكبر . وذكر الترمذي الخلاف في اسمه سلمة أو سلمان .

(ولا يعاود) أي ولا يعاود الوطء (حتى يكفر لقوله عليه السلام) اي لقول النبي ﷺ (الذي واقع في ظهـــاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر) وقد ذكرنا هذا

ولو كان شيئاً آخر واجباً لبينه عليه السلام . قال وهذا اللفظ لا يكون إلاظهاراً لانه صريح فيه ، ولو نوى به الطلاق لا يصح ، لأنه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به ، وإذا قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر ، لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة ، وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه .

الحديث آنفاً عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن سلمة بن صخر (ولو كان شيئاً آخر واجباً عليه) هذا وجه الاستدلال بالحديث المذكور ، أي ولو كان يجب على المظاهر المذكور شيء آخر واجباً عليه غير الكفارة الأولى (لبينه عليه السلام) أي لبينه النبي ﷺ .

(قال) أي قال المصنف رحمه الله تعالى (وهذا اللفظ) يعني قوله أنت علي كظهر أمي (لا يكون إلا ظهاراً لأنه صريح فيه حتى لو نوى الطلاق) أو الإيلاء ، ولم ينو شيئاً يكون ظهاراً (ولو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ ، فلا يتمكن من الاتيان به)لأنه تغيير موضوع الشرع وليس في العبد ذلك ، ولأن التعيين بعض محتملات اللفظ ، واللفظ صريح فلا يحتمل غيره ، فلا نية الطلاق ، وكذا إذا نوى تحريم اليمين ، لانه صريح في الظهار . وكذا إذا قال أردت به الخبر عن الماضي كاذباً لا يصدق قضاء .

(ولو قال أنت علي كبطن امي او كفخذها أو كفرجها ، فهو مظاهر ، لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمية ، وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه) احترز به عن التشبيه باليد والرجل والشعر والظفر ، لانه يحل النظر إليه . وقالت الظاهرية يختص الظهار بظهر الأم . وقال الشافعي ومالك وأحمد لو قال أنت علي كيد أمي أو كرجلها او كرأسها أو كعنقها أو كعضدها يكون مظاهراً أيضاً كما في الظهر للتلذذ بها ، ولو قال كشعرها او سنها او ظفرها لا يكون مظاهراً لعدم التلذذ بها . وقال الماوردي قال أبو حنيفة ما يجيء بعد فقدها لا يصير مظاهراً به ، وما لا يجيء بفقده يكون مظاهراً بالتشبيه به . وقال الكاكي وفي نقله ذلك الضابط عن ابي حنيفة غلط ، فإن بعد زوال

وكذا إن شبهها بمن لا يحل النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة ، لأنهن في التحريم المؤبد كالأم ، وكذلك إذا قال رأسك عليّ كظهر أمي ، أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك ، لأنه يعبر بها عن جميع البدن ،

الرأس لا يجيء قطعاً ، وقد ذكرنا انه لا يصير مظاهراً ، وبقطع فخذه يجوز ان يجيء ، ويصير به مظاهراً ، بل الأصل ما ذكره في المتن .

(وكذا) أي وكذا يكون ظهاراً (إذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل أخته او عمته او اخته من الرضاع لانهن في التحريم المؤبد كالأم) وأم المرأة وامرأة الاب قال أبو نصر قال الشافعي إذا شبهها بالام والخالة فهو ظهار ، وإن شبهها بالبنت والاخت ففيه قولان . وإن شبهها بمن كانت حلالاً ثم حرمت كأم امرأة لم يكن مظاهراً قولاً واحداً . وفي فتاوى الولوالجي لو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر عند ابي يوسف لانها محرمة على التأبيد . وقال محمد لايكون مظاهراً للاختلاف فيه ، وإن شبهها بامرأة قد فرق الحاكم بينهما باللعان .

قال أبو يوسف لا يكون مظاهراً ، لان موجب اللعان ، وإن كانت الحرمة المؤبدة عنده تسع فيه الاجتهاد ، ولهذا لو حكم الحاكم بجواز نكاحها جاز ، فلم تكن في معنى الام ، كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وغيره ، وقال فيها ايضاً ولو شبهها بما يحل في حال نحو اخت المرأة ، وامرأة لها زوج ، او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهراً ، لان الحرمة هنا تقبل الزوال . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإن قال لامرأته انا منك مظاهراً وقد ظاهرت منك او انت مني كظهر امي ، أو انت عندي كظهر امي أو أنت معي كظهر امي ، فهذا كله ظهار .

(وكذلك) اي يكون ظهاراً (إن قال رأسك علي كظهر أمي او فرجك اووجهك أو رقبتك او نصفك او ثلثك أو بدنك لانه يعبر بها عن جميع البدن) فيكون تشبيه هذه الاعضاء من المرأة كتشبيه ذات المرأة ، فيكون مظاهراً وكذا إذا قال جسدك .

ويثبت الحكم في الشائع ، ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق . ولو قال أنت عليّ مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه ، فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام . وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ، لأنه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو ، لكنه ليس بصريح ، فيفتقر إلى النية ، وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن لأنه تشبيه بالأم في الحرمة ، فكأنه قال أنت علي حرام ، ونوى الطلاق وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة

وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ، ولو قال جنبك او ظهرك علي كظهر أمي لم يكن مظاهراً بمنزلة قوله يدك او رجلك (ويثبت الحكم في الشائع) اي يثبت حكم الظهار في الجزء الشائع اولا (ثم يتعدى) أي ثم يسري إلى سائر البدن (كما بيناه في الطلاق) فليعاود اليه هناك .

(ولو قال أنت علي مثل امي او كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه) وبه قال الشافعي ، وذلك لانه يحتمل وجوها من التشبيه (فإن قال أردت الكرامة) يعني انت عندي في استحقاق الكرامة والمنزلة مثل امي (فهو كما قال) يعني يحمل على ما قال فلا يلزمه شيء (لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام) فاش من الفشو ، وهو الانتشار . قال الجوهري الخبر يفشو فشواً ، اي داع وافشاه غير فاش اصله فاشي فاعل إعلال القاضي.

(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ، لأنه تشبيه بجميعها) اي بجميع امه ، فإذا شبهها بظهرها وهو عضو منها كان ظهاراً فلأن يكون ظهاراً وقد شبهها بجميعها وجميعها مشتمل على الظهر أولى وأخرى (وفيه) أي وفي قوله أنت علي مثل أمي (تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح ، فيفتقر إلى النية) لأنه لما كان كالصريح صار كالكناية ، فلا يزول الابهام منه إلا بالنية .

(وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن . لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام ، ونوى به الطلاق ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة

وأبي يوسف « رح » لاحتمال الحمل على الكرامة. وقال محمد « رح » يكون ظهاراً ، لأن التشبيه بعضو منها لمـــا كان ظهاراً ، فالتشبيه بجمعها أولى ، وإن عني به التحريم لا غير فعند أبي يوسف « رح » هو إيلاء ليكون الثابت بـه أدنى الحرمتين . وعند محمد « رح » ظهار ، لأن كاف التشبيه تختص به . ولو قال أنت علي حرام كأمي ونوى ظهاراً أو طلاقاً فهو على ما نوى ، لأنـه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له ،

وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة) وبه قال أصحاب الشافعي في وجه ،لأنه مجمل ولم يبين . (وقال محمد يكون ظهاراً ، لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً ،فالتشبيه بجميعها أولى) وبه قال مالك والشافعي وأحمد والشافعية وجهه . وفي المبسوط لم يذكر قول أبي يوسف وعنه روايتان إحداهما كقول محمد ، لأنــه قال في الأمالي إذا كان هذا في حالة الغضب ، وقال نويت به البر لا يصدق في القضاء ، وهو ظهار .

(وإن نوى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت بــه أدنى الحرمتين) وهما حرمة الإيلاء ، وحرمة الظهار وأدناهما حرمة الإيلاء من وجوه ، أحدهما أن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم يمض أربعة أشهر . وفي الظهار يثبت في الحال. وفي الثاني : حرمة الإيلاء يمكن دفعها في المدة بالوطء ، بخلاف الظهار ،فإنه لا يجوز الوطء فيه مـــا لم يكفر . والثالث : ان الظهار منكر من القول وزوراً ، والإيلاء بين مباح . الرابع : ان كفارة الإيلاء إطعام عشرة مساكين ، وفي الظهـــار إطعام ستين مسكيناً ، والصوم فيه شهران متتابعان . وفي الإيلاء ثلاثة أيام متتابعة .

(وعند محمد ظهار ، لأن كاف التشبيه يختص به) أي بالظهار ، وهذا الخلاف المذكور بين ابي يوسف ومحمد على قول بعض المشايخ ،وقرره الصدر الشهيد ،وقال بل هو ظهار بالإجماع.

(ولو قال أنت علي حرام كأمي ونوى ظهاراً او طلاقاً فهو على ما نوى ، لأنه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له) أي التحريم ،

وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف « رح » إيلاء ، وعلى قول محمـــد « رح » ظهار ، والوجهان بيناهما . وإن قال أنت عليّ حرام كظهر أمي ونوى به طلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة « رح » . وقالا هو على ما نوى ، لأن التحريم يحتمـل كل ذلك على ما بينا ، غير أن عند محمد « رح » إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً وعند أبي يوسف « رح » يكونان جميعاً

وإنما قال يحتمل الوجهين دل على انه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه للكرامة (وإن لم يكن له نية فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إيلاء ، وعلى قول محمد ظهار ، والوجهان مـا بيناهما) أي وجهـــا قول أبي يوسف ومحمد ، وأشار بهما إلى قوله لكون الثابت أدنى الحرمتين ، وإلى قوله – لأن كاف التشبيه مختص به – أي بالظهار .

(وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى بـه طلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد والشافعي في قول ، وفي قول إن نوى طلاقاً كان طلاقاً ، وهو قول أبي يوسف ومحمد غير أن عند أبي يوسف يكون طلاقاً وظهـاراً إن نوى الطلاق ، وعند محمد لا يكون ظهاراً ويكون طلاقاً فقط (وقال هو على ما نوى إن ظهاراً فظهار ، وإن نوى طلاقاً فطلاق ، وإن نوى إيلاء فإيلاء ، كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير (لأن التحريم يحتمل كل ذلك) ونية المحتمل صحيحة (على ما بيناه) أشار به إلى قوله لأنه يحتمل الوجهين إلى قوله – تأكيد له – .

(غير ان عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً) لأن ظهار المبانة لا يصح (وعند أبي يوسف يكونان جميعاً) أي يكون الظهار والطلاق جمعاً لكن هذا ليس بظاهر الرواية عن أبي يوسف ، وروى اصحاب الإيلاء عن أبي يوسف انه يكون ظهاراً وطلاقاً ، لأنه باعتبار التلفظ بلفظ التحريم يكون طلاقاً عند النية ، وباعتبار التصريح بالظهار يكون ظهاراً ، ولا منافاة ، لأنه إذا طلق ثم ظاهر أو ظاهر ثم طلق صح ، ولكن هذا ضعيف ، لأن الطلاق لما وقع بقوله انت علي حرام نيته كان متكلماً بلفظ الظهار بعدما بانت علي

وقد عرف في موضعه . ولأبي حنيفة « رح » أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ، ثم هو محكم فيرد التحريم إليه . قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً لقوله تعالى ﴿ من نسائهم ﴾ ولأن الحل في الأمة تابع ، فلا تلحق بالمنكوحة .

حرام . قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين ، كذا في المبسوط . وذكر في الفوائد الظهيرية جواب أبي يوسف في هذا ، فقال جاز أن يكون ظهار المبانة على قوله ، وكان هذا رواية منه (وقد عرف في موضعه) أي في شرح الكافي ، قاله الاترازي . قال الكاكي أي في مبسوطه .

(ولأبي حنيفة أنه) اي ان قوله أنت علي حرام كظهر أمي (صريح في الظهار ، فلا يحتمل غيره) ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى النية ، فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير ، وقوله أنت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره (فيرد التحريم إليه) أي إلى الظهار كما هو الأصل في رد المحتمل إلى المحكم .

(قال) اي محمد في الجامع الصغير (ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً) وكذا لا يكون من أم ولده ومدبرته . وقال مالك يصح منهن ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب (لقوله تعالى ﴿ من نسائهم ﴾) والنساء اسم للزوجات والمملوكة لا تسمى زوجة فلا يصح الظهار منها ، كذا قاله الاترازي . قلت النساء جمع امرأة من غير لفظها ، فيتناول الزوجات وغيرها ، ولكن تفسير النساء من الزوجات ممكن من حيث قصد الآية يدل على ان المراد الزوجات ، وإلا فلفظ النساء من حيث اللغة أعم من الزوجات وغيرها .

(ولأن الحل في الأمة تابع) ليس بمقصود ، لأن المقصود ملك اليمين (فلا يلحق بالمنكوحة) بدليل انه لو اشترى امته فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة ، فلا تكون الأمة في معنى المنكوحة حتى يلحق بها .

ولأن الظهار منقول عن الطلاق ، ولا طلاق في المملوكة، فإن تزوج امرأة بغير أمرها ، ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل، لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف، فلم يكن منكراً من القول ، والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف ،

فإن قلت قوله تعالى ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ ٢٣ النساء ، دخل فيه الإماء والحرائر بالاجماع . قلت الاجماع ممنوع ، وأما الأمة الموطوءة حرام باعتبار انها من أمهات نسائنا، بل باعتبار وطء البنت ، ولا يمكن إلحاق الأمة بالنساء بدلالة النص ، لأنه ليس في معنى ما ورد به النص .

(ولأن الظهار منقول عن الطلاق) هذا دليل آخر ، أي كان الظهار طلاقاً في الجاهلية، فنقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة (ولا طلاق في المملوكة) حتى يكون منها الظهار فإن قلت الأمة محل الظهار بقاء ، فيجب ان يكون ابتداء كما ظاهر من امرأته وهي أمة، ثم اشتراها يبقى حكم الظهار ، وهي أمة ، أجيب بأنه كم من شيء يثبت بقاء ، ولايثبت ابتداء كإبقاء النكاح في المعتدة ، وإن لم يثبت ابتداء .

(وإن تزوج امرأة من غير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) أورد هذه المسألة بسبيل التفريع لما قبله ، لأنه لما قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة فرع هذه المسألة عليه ، يعني لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف لا يصح ظهاره ، لأنها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته فلم يصح ظهارها (لأنه) اي لأن الرجل الذي ظاهر (صادق في التشبيه وقت التصرف) اي وقت تشبيه الحرمة بالحرمة ، لأنه صادق فيه غير كاذب (فلم يكن) كلامه (منكراً) والظهار منكر من القول وزور (والظهار ليس بحق من حقوقه) هذا جواب سؤال مقدر ، وهو ان يقال الظهار مبني على الملك ، والملك موقوف ها هنا ، فينبغي أن يكون الظهار موقوفاً ، فأجاب بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه ، اي من حقوق النكاح . (حتى يتوقف عليه) أي على النكاح ، لأن النكاح أمر مشروع، والظهار منكر من القول، وبينهما تناف، فلا يتوقف المحظور بتوقف المشروع.

بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لأنـه من حقوق الملك . ومن قال لنسائه أنتن عليّ كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً ، لأنـــه أضاف الظهار إليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق إليهن ، وعليـه لكل واحـــدة كفارة ، لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة ، والكفارة لإنهاء الحرمة ، فيتعدد بتعددها ، بخلاف الإيلاء منهن ، لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

(بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب) هذا كأنه جواب عن قياس هذا السائل مـا سأله على توقف اعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المالك ، لأنـه إذا أجازه ينفذ ، وتقرير الجواب ان اعتاق المشتري من الغاصب ، إنما يتوقف على إجازة المالك (لأنــه) أي لان الاعتاق (من حقوق الملك) فيلزم من توقف الكل توقف الاعتاق .

(ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر امي كان مظاهراً منهن جميعاً) هذا ما لا خلاف فيه ، كما لو قال أنتن طوالق ، وعليه لكل واحدة كفارة ، يعني عليه أربع كفارات إذا قصد وطؤهن ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وهو قول الحسن والنخعي والزهري ويحي بن سعيد الانصاري والحكم والثوري . وقال مالك وأحمد وأبو ثور وإسحاق عليه كفارة واحدة ، روي ذلك عن عمرو وعلي وعروة وطاووس وعطاء وربيعة (لانــــه أضاف الظهار اليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق اليهن) وقال انتن طوالق (وعليه لكل واحدة كفارة ، لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة منهن) كما إذا ظاهر من كل واحدة منهن على حدة (والكفارة لإنهـــاء الحرمة) أي وجوب الكفارة لاجل أن تنتهي الحرمة الموقتة (فيتعدد بتعددها) اي تعدد الكفارة بتعدد الحرمة .

(بخلاف الايلاء منهن) حيث لا تتعدد الكفارة (لان الكفارة فيه) أي في الايلاء (لصيانة حرمة الاسم) اي إسم الله عز وجل (ولم يتعدد ذكر الاسم) أراد بـه قوله والله ، وإنما لم يتعدد ، لانه قاله مرة واحدة .

فروع . لو قالت هي انت علي كظهر امي ، او قالت انا عليك كظهر امك لا يصح

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع

الظهار عندنا . وفي المبسوط عن ابي يوسف عليها كفارة يمين . وقال الحسن بن زياد هو ظهار ، قال محمد ليس بشيء ، وهو الصحيح ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والثورى والليث واسحاق وأبو ثور . وفي الينابيع والروضة هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن . وفي شرح المختار حكى الخلاف بين أبي يوسف والحسن على العكس ، ومثله في المفيد والمزيد والمحيط . وأوجب الاوزاعي عليها كفارة الظهار . ولو قال انت امي لا يصير مظاهراً . وفي الخزانة انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك فهو ظهار ، ويكره أن يقول لامرأته يا اختى لورود النهي عن ذلك . ولو أخر المظاهر التكفير فلها مطالبته به ، والقاضي يجبره عليه وتمنع نفسها من القربان والمس والتقبيل . ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب ، ولو أبى من التكفير بعد ظلمها يحبس ، فإن ابى يضرب ولا يضرب في الدين .

(فصل في الكفارة)

أي هذا فصل في بيان احكام الكفارة ، ولما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما تنتهي تلك الحرمة ، وهو الكفارة ، والكفارة عبارة عن الفعلة إذ الخصلة التي من شأنها ان تكفر الخطيئة اي يسترها وتمحوها على وزن فعالة للمبالغة كقتالة وقرابة ، وهي من الصفات الغالبة في باب الاسمية . واصل اشتقاقه من الكفر وهو الستر ، ومنه الكافر لانه يستر الايمان ويظهر الكفر والزارع ايضاً ، لانه يستر الحب في الارض .

(قال) اي القدورى رحمه الله تعالى في مختصره (وكفارة الظهار عتق رقبة) أي إعتاق رقبة ، إذ العتق لا ينوب عن الكفارة حتى لو ردت إياه ونوى الكفارة لا يخرج عن العهدة (فمن لم يجد) أى رقبة (فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع) اى

فإطعام ستين مسكيناً للنص الوارد فيه ، فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب، قال وكل ذلك قبل المسيس ، وهذا الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ، وكذا في الإطعام ، لأن الكفارة فيه منهية للحرمة ، فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالاً . قال وتجزىء في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير، لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء ، إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه .

الصيام (فإطعام ستين مسكيناً للنص الوارد فيه) وهو قوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ ستين مسكيناً ﴾ ٣ المجادلة (فإنه) اى فإن النص (يفيد الكفارة) اى كفارة الظهار (على هذا الترتيب) دون التخيير ، لان الله تعالى ذكرها بحرف الفاء ، وهي للترتيب .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (وكل ذلك قبل المسيس) أي كل ماذكر من الاعتاق والصيام والإطعام قبل الوطء (وهذا) أي الترتيب (في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه) لأن الله تعالى قال ﴿ فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ﴾ ٣ المجادلة (وكذا في الاطعام ، لأن الكفارة فيه) اي في الاطعام (منهية للحرمة) الثابتة بالظهار والقرب جميعاً (فلا بد من تقديمها) أي تقديم الكفارة (على الوطء ليكون الوطء حلالاً) لأنه لو حل الوطء قبل الكفارة بالإطعام لم يكن المنهي منهياً ، وهو فاسد . وفي شرح مختصر الكرخي وقال مالك يجوز الاطعام قبل المسيس ، وبه قال داود .

(قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (ويجزء في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة ، والذكر والأنثى ، والصغير والكبير ، لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء) لأنه ليس فيه تقييد بصفة دون صفة ، فيجوز الكل (إذ هي) أي الرقبة (عبارة عن الذات المملوك المرقوق من كل وجه) اعترض على المصنف هنا من وجهين ، أحدهما في قوله المملوك بالتذكير ، لأن الذات مؤنثة ، ولا يجوز تذكيرها ، والصواب عن الذات المرقوقة . والجواب ان

والشافعي «رح» يخالفنا في الكافرة ، ويقول الكفارة حق الله تعالى ، فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ، ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق مطلق الرقبة ، وقد تحقق ، وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره

الذات تستعمل استعمال النفس ، والشيء . وعن أبي سعيد كل شيء ذات ، وكل ذات شيء ، تذكيره باعتبار المعنى الثاني .

والوجه الآخر أن المحفوظ عن أئمة اللغة استرق العبد اتخذه رقيقاً ولم يسمع رقه حتى يشتق منه المرقوق ، وإنما يقال رق فلان اي صار رقيقاً ، أي عبداً . والجواب عنه ان الأزهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق ، وكلاهما ثقة . وقال تاج الشريعة ووجهه أن يكون من رق له إذا رحمه فهو مرقوق له ، ثم حذفت الصلة كما في المندوب .

واعلم ان قوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق دون المملوك ، لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ، ولهذا لو اعتق المكاتب الذي يرد شيئاً صح عن الكفارة ، ولو أعتق المدبر لم يصح ، لأن الرق فيه ناقص .

(والشافعي يخالفنا في الكافرة) فإنها لا تجزىء في كفارة الظهار عنده ، وبه قال مالك وأحمد ، إلا أن مالكاً يقول بجواز اعتاق المجوسي عنها لما أنه يجبر على الإسلام عنده فيحصل الاسلام بعده بالاكراه عليه (وهو) اي الشافعي (يقول هو حق الله فلا يجوز صرفها إلى عدو الله كالزكاة) أي كما لا يجوز صرف الزكاة إلى الكافر لأنه عدو الله ، وفي بعض النسخ فلا يجوز صرفه ، أي صرف حق الله تعالى .

(ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق مطلق الرقبة ، وقد تحقق) لأن المطلق عبارة عن المنصوص للذات دون الصفات وقد تحقق ، لأنه ليس فيه بأس على الايمان والكفر (وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعات) هذا جواب عن قول الشافعي الكفارة حق الله تعالى ، تقديره ان قصد المكفر بالاسلام هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى (ثم مقارفته) بالقاف بعد الميم ، أي ثم ارتكابه (المعصية يحال به إلى سوء اختياره)

الضمير في به يرجع إلى المقارفة على تأويـــل الاقتراف والكسب ، لأن المقارفـة تمنع الاقتراف ، وهو كسب السيئة .

ثم توضيح معنى هذا الكلام ان يقال تحرير الكافر ليس بسيئة من وجـــه ، بل هو حسنة من كل وجه ، لانه تخليصه من الرق وتمكينه من الطاعة والنظر في محاسن الاسلام، لانـه احسن اليه ، فإن لم يفعل ذلك فهو من سوء اختياره ، فلا يضاف ذلك إلى المولى . ولقائل أن يقول مقارفة المعصية يحال به إلى سوء اختياره ، لكن لم لا يكون قصور ذلك منه مانعاً عن الصرف اليه كما في الزكاة . والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه أيضاً، لأن فيه مواساة عباد الله ، لكن قوله عليه‌السلام خذها من أغنيائهم وردها في فقراء أخرجهم عن المصرف ، وقد اطال الشراح هنا بذكر دلائل من جهة الخصم وردهـــا من جهتنا فنذكرها ملخصة :

فقالوا الكفارة مطهرة ، والكافر غير أهل لذلك ، قال الله تعالى ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ ٢٦٧ البقرة ، ولا خبث أشد من الكفر ، ولهذا لا يجوز المرتدة، لأن الإيمان شرط في كفارة القتل بالنص والإجماع ، فكذا في سائر الكفارات ، لأنها جنس واحد ، ولأن المطلق يحمل على المقيد في جنس الواحد، والكفارات جنس واحد، ولأنا أمرنا بعتق رقبة حي قائم من كل وجه ، ولهذا الذمي والكافر ميت ، قال الله تعالى ﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ١٢٢ ، الأنعام ، ولأن الكفارة حسنة ، وإعتاق الكافر سيئة لما فيه من تفريغ باله لعبادة الأوثان، ولأنه عليه السلام قال لمعاوية بن الحكم حين أتى بجارية مجوسية وقال يا رسول الله علي رقبة فأعتقها عنه ، فقال لها رسول الله ﷺ أين الله فأشارت إلى السماء، فقال أعتقها فإنها مؤمنة ، رواه مسلم والنسائي ، وما سأل عن وجوب الكفارة، فدل أن الإيمان شرط في الجميع ، ولأنه لا يجوز التقرب إلى الله بعتق أعدائه ، ولأن العمل بالقيد عمل بالدليلين، لان المطلق جزء المقيد .

قلنا جواز المؤمنة باعتبار أنها رقبة لا لأنها مؤمنة ، وكذا الكافرة كما في الكبيرة والصغيرة وبينها تضاد ، والمرتد ممنوع يجوز عند بعض مشايخنا ، وعند البعض لا يجوز ، لانه مستحق

ولا تجزىء العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين، لأن الفائت جنس المنفعة وهي البصر أو البطش أو المشي ، وهو المانع .

القتل ، حتى يجوز بالمرتد بلا خلاف ، وتقييده بالإيمان زيادة على النص ، وهي نسخ لايجوز تقييده بالقياس على كفارة القتل أيضا ، لأنه قياس المنصوص على المنصوص ، فلا يجوز ذلك للزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله تعالى بيانه ، ولا يحمل المطلق على المقيد إذا أمكن العمل بها ، وإطلاق الميت على الكافر مجاز ، فإنه لو قال كل مملوك لي حي حر عتق جميع عبيده الكفار بالإجماع .

والقول بأن إعتاق الكافر سيئة غير مستقيم لصحة النذر به . ولأنه تعاون على البر والتقوى كما ذكر عن قريب . وحديث معاوية بن الحكم مؤول عند الثقات ، فإن فيه السؤال عن مكان الله وهو محال على الله عز وجل ، أو نقول الحديث محمول على كفارة القتل بدليل قوله إن علي رقبة مؤمنة . وفي رواية أخرى وقولهم لا يجوز التقرب إلى الله تعالى بعتق أعدائه مخالف للنص ، قال الله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين يقاتلوكم ﴾ إلى قوله ﴿ أن تبروهم وتقسطوا إليهم ﴾ ٨ الممتحنة ، فإنه تعالى ما نهانا عن الاحسان إليهم ، ولهذا يصح النذر بإعتاق العبد الكافر ، وقد جوزت المالكية اعتاق المجوسي والصابئين ، ولم يجوز أهل الكتاب .

وقولهم العمل بالمقيد عمل بالدليلين وهو باطل ، لأن الاطلاق ضد التقييد فلا يكون العمل بالمقيد عملاً بالمطلق ، إذ في الإطلاق توسعة بعتق أي رقبة شاء وفي التقييد تضييق .

فإن قلت المقيد بمنزلة البيان للمطلق قلت هذا فاسد لأن المطلق لا يحتاج إلى البيان ، إذ العمل بإطلاقه ممكن .

(ولا تجزىء العمياء ولا مقطوعة اليدين أو الرجلين من خلاف) المراد من العمياء الرقبة العمياء ، وهي تشمل الذكر والأنثى جميعا ، لا الأمة العمياء ، لأن عدم الجواز لا باعتبار الانوثة ، بل باعتبار فوات جنس المنفعة (لان الفائت جنس المنفعة) وهو ما ثبت في هذه الصور (وهو البصر) من العمياء (أو المشي) في مقطوعة الرجلين (أو البطش) في مقطوعة اليدين (وهو المانع) أي فائت جنس المنفعة هو المانع .

أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع ، حتى يجوز العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف ، لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت ، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد ، حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي ، إذ هو عليه متعذر ، ويجوز الأصم ، والقياس أن لا يجوز ، وهو رواية النوادر ، لأن الفائت جنس المنفعة ، إلا أنا استحسنا الجواز ، لأن أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيح عليه يسمع ، حتى لو كان بحـــال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزئه ،

(أما إذا اختلت المنفعة) أي جنس المنفعة (فهو غير مانع حتى يجوز العوراء او مقطوعة إحدى اليدين أو أحد الرجلين من خلاف ، لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت) أي المنفعة وجنسها باق ، ولا خلاف للأئمة الاربعة وأصحابهم أنه لا يجزىء عن الكفارة في عيب يفوت به جنس المنفعة . وعن ابراهيم النخعي والثعلبي أن عتق الاعمى جائز . وعن ابن جريج يجزىء الأشل . وعند داود وأصحابه لا يمنع شيء من العيوب .

(بخلاف ما إذا كانتا) أي اليدان والرجلان (مقطوعتين من جانب واحد ، حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي) وكذا منفعة البطش (إذ هو) أي المشي عليه متعذر ، وكذا البطش . وكذا لا يجوز إذا كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة (ويجوز الاصم) في الاستحسان (والقياس أن لا يجوز ، وهو رواية النوادر ، لان الفائت جنس المنفعة . إلا أن استحسنا الجواز) أي جواز الاصم (لان أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيح عليه يسمع ، حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الاخرس لا يجزئه) وفي الشامل يجزىء الاصم ، ثم قال وقالوا لان الصمم لا يؤثر في الكسب تأثيراً فاحشا . ثم قال وقيل الصمم بأصل التخليق تمنع التكفير . وقال في فتاوى الولوالجي ويجوز الاصم عن كفارة الظهار إذا كان يسمع شيئاً ولا يسمع شيئاً . وإذا كان لا يسمع شيئاً لا يجوز وهو المختار .

ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين ، لأن قوة البطش بهما ، فبفواتها يفوت جنس المنفعة . ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل ، لأن الإنتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ، فكان فائت المنافع ، والذي يجن ويفيق يجزئه ، لأن الاختلال غير مانع . ولا يجزىء عتق المدبر ولا أم الولد لاستحقاقها الحرية بجهته ، فكان

وفي الحلية يجوز مقطوع الأنف والأصم إذا فهم بالإشارة والأخرس إذا فهمت إشارته ، وهو قول الشافعي وأبي ثور . ولا يجزىء عند احمد على المنصوص ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومالك في رواية .

(ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين، لأن قوة البطش بهما فبفواتها تفوت جنس المنفعة) وكذا لا يجوز إذا قطعت من كل يد ثلاثة أصابع لفوات منفعة البطش . وقطع اكثر الأصابع كقطع جنسها ، ولو كان المقطوع من كل يد اصبعاً او اصبعين سوى الابهام يجزىء لأن منفعة البطش باقية ، كذا في المبسوط . وقال الشافعي لو كان مقطوع السبابة او الوسطى لا يجوز ، كقطع الإبهام ، لأن معظم العمل يتعلق بهذه الثلاثة .

(ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل ، لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ،فكان فائت المنافع) المجنون الذى لا يعقل اصلا هو المجنون المطبق لا يجوز بلا خلاف للائمة الأربعة (والذى يجن ويفيق يجزئه ، لان الاختلال غير مانع) وإنما يجزئه إذا اعتقه في حال الافاقة لا يقال الرقبة الصغيرة فائت المنافع من المشي والنطق والعقل والكلام ،لأنها عديمة المنافع إلى زمان الاصابة ، فلا يعد ذلك عيباً . وفي المبسوط وفيه روى ابراهيم عن محمد بخلاف حال الدم الذى قد قضي بدمه ثم عفي عنه لم يجز ، كذا في المحيط .

(ولا يجزىء عتق المدبر) خلافاً للشافعي لأنه يرى جواز بيعه ، وبه قال أحمد وعثمان البتي وداود الظاهرى (ولاأم الولد) اى وعتق ام الولد لايجزىء عتقه . وقال عثمان وداود يجوز عتق ام الولد بناء على جواز بيعها عندهما ، ولا يجوز عند الحسن ومن ذكرنا معه الآن (لاستحقاقها الحرية بجهته) وهي جهة التدبير ، وجهة الاستيلاد (فكان

الرق فيهما ناقصاً ، وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال ، لأن اعتاقه يكون ببدل . وعن أبي حنيفة « رح » يجزئه لقيام الرق من كل وجـــه ، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الإنفساخ ، فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز ، خلافاً للشافعي « رح » . له أنـــه استحق الحرية بجهة الكتابة ، فأشبه المدبرة .

الرق فيهما ناقصاً) لتوجه العتق إليهما قبل (وكذا) أي وكذا لا يجزىء (المكاتب الذى أدى بعض المال ، لان الاعتاق يكون ببدل) اى بعوض ، والعوض يبطل معنى القربة ، هذا ظاهر الرواية ، وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد في رواية .

(وعن أبي حنيفه انه يجزئه) اى ان عتق المكاتب الذى ادى بعض المال يجزئه ، رواه الحسن عن أبي حنيفة (لقيام الرق من كل وجه) لأن رقـه لا ينقض بما ادى من البدل (ولهذا) اى ولأجل قيام الرق من كل وجه (تقبل الكتابة الإنفساخ) سواء كان بعد استيفاء بعض او قبله (بخلاف أمومية الولد والتدبير ، لأنهما لا يحتملان الإنفساخ)فلا يجوز عتقهما عن الكفارة ، لأن الكفارة عتق الرقبة وهي اسم للذات المرقوقة لغة وشرعاً، فيقتضي قيام الرق مطلقاً ، والمطلق يقع على الكامل لا الناقص والاستيلاد والتدبير يمكن النقصان فيهما ، فلا يجوز .

(وإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً) يعني من مال الكتابة (جاز) عندنا ، وبـه قال أحمد في رواية (خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى) وزفر ومالك وأحمد في رواية (له) أي للشافعي (انه) أي ان المكاتب (استحق الحرية بجهة الكتابـة ، فأشبه المدبرة) اي على مذهبه ، لأن عنده بيع المدبرة ، واعتاقه عن الكتابة جائز ، وهذا إلزام من الشافعي على أصحابنا على ما أجابوا ، يعني ان المدبر لا يجوز اعتاقه عن الكفارة عندكم ، لأنكم قلتم انه مستحق العتق بجهته ، فينبغي ان لا يجوز اعتاق المكاتب ايضاً ، لأنــه مستحق العتق بجهته ، وهو باطل ، لأنه ينفسخ وذلك لا .

ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا ، ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، والكتابة لا تنافيه ، فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة ، إلا أنه بعوض ، فيلزم من جانبه ، ولو كان مانعاً ينفسخ بمقتضى الاعتاق ، إذ هو يحتمله إلا انه يسلم له الأكساب والأولاد ،

(ولنا ان الرق) اي في المكاتب (قائم من كل وجه على ما بينا) اشار به إلى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ (ولقوله عليه السلام) اي لقول النبي ﷺ (المكاتب عبد ما بقي عليه درهم) هذا الحديث أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي عليه من الكتابة شيء انتهى . فعلم ان الرق فيه كامل قبل اداء بدل الكتابة ، فيدخل تحت مطلق اسم الرقبة (والكتابة لا تنافيه) اي تنافي الرق ، يعني لا يلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق لعدم المنافاة (فإنه) اي فإن عقد الكتابة ، وفي بعض النسخ – من – فإنها اي فإن الكتابة (فك الحجر) عن العبد في حق المكاسب (بمنزلة الأذن في التجارة) وذا لا يمكن نقصاناً في الرق .

فإن قلت لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لا يستبد المولى بالفتح كما في عزل المأذون ، فأجاب بقوله (إلا انه) أي ان عقد الكتابة (بعوض ، فيلزم من جانبه) أي من جانب الولي ، بخلاف الإذن ، فإنه فك بغير عوض .

(ولو كانت) جواب بطريق التنزيل ، يعني لو سلمنا أن الكتابة لو كانت (مانعة) اي وقوع الاعتاق عن الكفارة (تنفسخ) اي الكتابة (بمقتضى الاعتاق) يعني ضرورة صحة الإعتاق بطريق الاقتضاء (إذ هي) اي الكتابة (تحتمله) اي تحتمل الفسخ ، ولو كان مانعاً للفسخ بمقتضى ، إذ هو يحتمله ، اي ولو كان عقد الكتابة مانعاً وقوع الاعتاق ... إلى آخره .

(إلا انه يسلم له الأولاد والاكساب) هذا جواب عما يقال إن عقد الكتابة لما انفسخ التحق بالعدم ، فينبغي ان يكون الاكساب والأولاد للمولى ، فأجاب بجوابين ، أحدهما:

لأن العتق في المحـــل بجهـة الكتابة ، أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب ، وإن اشترى أباه أو ابنـــه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها . وقال الشافعي « رح » لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين ، والمسألة تأتيك في كتاب الإيمان إن شاء الله ، فإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيـة لم يجز عند أبي حنيفة ، ويجوز عندهما ، لأنه يملك نصيب صاحبـــه

هو قوله – يسلم له الأولاد والأكساب – (لأن العتق في حق المحل لجهة الكتابـة) وفي حق المولى لجهة الكفارة رعاية للجانبين . والجواب الآخر هو قوله (اولأنالفسخضروري) أي فسخ عقد الكتابة ضرورة الجواز من جهة التكفير (لا يظهر في حق الولد والكسب) لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها .

(وإن اشترى) أي المظاهر (أباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها) أي عن الكفارة ، واليه ذهب اصحاب الشافعي ، وكذا لو اشترى كل ذي رحم محرم يعتق عليه (وقال الشافعي لا يجوز) وبه قال أبو حنيفة اولاً ومالك واحمد وزفر ، وعلى الخلاف لو وهب له او اوصى بـه ، اما لو ملكه بلا صنعه ، كما لو دخل بالميراث لا يجزئه بالإجماع (وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين) وكذا كفارة الظهار والقتل (والمسألة تأتيك في كتاب الايمان إن شاء الله تعالى) فرجواً من كرم الله تعالى وفضله إن فضـــل اليه ، وإلى ما بعده إلى آخره إن شاء الله تعالى .

(فإن أعتق نصف عبد مشترك ، وهو موسر) اي والحال انه غني ، قيد بـه ، لأنه كان معسراً تجب عليه السعاية ، فلا يجزىء عن الكفارة عندهما ايضاً ، لأنه إعتاقبعوض (فضمن قيمة باقية لم يجز عند أبي حنيفة ، ويجوز عندهما) وقـــال الشافعي لو أعتق بقيمته ونوى عتق جميعه عن الكفارة أجزأه ، ولو كان معسراً فأعتق نصيبه عن كفارة اشترى نصيب شريكه فأعتقه عن كفارته أجزأه فيه وإلا لا (لأنه يملك نصيبشريكه

بالضمان ، فصار معتقاً كل العبد عن الكفارة ، وهو ملكه ، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً،لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقاً بعوض . ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ، ومثله يمنع الكفارة . وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقية عنها جاز ، لأنه أعتقه بكلامين ، والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ، ومثله غير مانع

بالضمان فصار معتقاً كل العبد عن الكفارة وهو ملكه) اي والحال انه ملكه في ذلك الوقت (بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً ، لأنه وجب عليه السماية في نصيب الشريك ، فيكون اعتاقاً بعوض) فلا يجوز بالإعتاق .

(ولأبي حنيفة ان نصيب صاحبه ينقص على ملكه) لاستحقاق الحرية ولتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول اليه بالضمان) ما بقي منه (ومثله يمنع الكفارة)لتمكن النقصان منه ، فإذا أعتق يكون معتقاً رقبة ناقصة .

فإن قيل المضمونات بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق ، فكان النقصان في ملك شريكه ، ومثله لا يمنع الكفارة . أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون، لا في حق غيرهما ، والكفارة غيرهما فيتمكن النقصان في حقها فلا يجوز .

(وإن اعتق نصف عبده عن كفارة ثم اعتق باقيه) أي باقي عبده (عنها جاز) استحساناً والقياس ان لا يجوز عند أبي حنيفة كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الآخر. وجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله (لأنه أعتقه بكلامين) ولا محظور فيه (والنقصان) هذا جواب عما يقال قد يمكن النقصان كما مر . فأجاب بقوله والنقصان أي الواقع في النصف الآخر (يتمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ، ومثله غير مانع) أي ومثل النقص الذي حصل بسبب الاعتاق غير مانع من الجواز ؛ وبه قال الشافعي

كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها ، بخلاف ما تقدم، لأن النقصان تمكن على ملك الشريك ، وهذا على أصل أبي حنيفة « رح » . وأما عندهما الإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف اعتاق الكل ، فلا يكون اعتاق بكلامين . وإن عتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقية لم يجز عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق النصف حصل بعده . وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل ، فحصل الكل قبل المسيس ،

وأحمد . والمشهور عن مالك عدم الجواز ، وبه قال أبو ثور . وعن القاسم من أصحاب مالك يجوز .

(كمن اضجع شاة) ذكر هذا نظير الاستحسان في الجواب ، وهو انه اضجع شاة (الأضحية) ليذبحها (فأصاب السكين عينها) لا يمنع جواز التضحية ، لأن النقصان حصل من فعل التضحية كما حصل هنا من فعل الكفارة (بخلاف ما تقدم ، فإن النقصان فيه متمكن على ملك الشريك) أي النقصان فيه وقع في ملك الشريك (وهذا) أي جعله اعتاقاً بكلامين (على أصل ابي حنيفة) في تجزؤ الإعتاق .

(أما عندهما الإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف اعتاق الكل ، فلا يكون اعتاقاً بكلامين) وعلى هذا مبنى المسألة التي تليها ، وهي قوله (وإن اعتق نصف عبده على كفارته ثم جامع التي ظاهر منها أعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص) وهو قوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة من قبل أن يتماسا ﴾ ٣ المجادلة (وإعتاق البعض حصل بعده) أي بعد المسيس ، فلا يجوز عن الكفارة .

(وعندهما اعتاق النصف إعتاق الكل) على اصلهما ، لأن الاعتاق لا يتجزأ (فحصل الكل قبل المسيس) فيجوز .

وإذا لم يجد المظاهر مايعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق. أما التتابع فلأنه منصوص عليه، وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله، والصوم في هذه الأيام منهي عنه، فلا ينوب عن الواجب الكامل.

(وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق) وفي المحيط إذا لم يملك الرقبة ولاثمن رقبة (فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان) اي ليس في الشهرين شهر رمضان، إلا إذا كان مسافراً وصام شعبان ورمضان بنية الكفارة أجزأه عند أبي حنيفة وأبي ثور، ولا يجزئه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي (ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق أما التتابع فلأنه منصوص عليه) بقوله تعالى ﴿ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من من قبل أن يتماسا ﴾ ٣ المجادلة (وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى) لأن الله تعالى أمر بالصوم فيه، فالصوم الواقع فيه يقع عن صوم رمضان، فلا يقع عن فرض آخر.

فإن قلت كيف صار صوم رمضان عنه، وعن صوم الاعتكاف إذا نذر أن يعتكف فيه فصامه معتكفاً. قلت الصوم فيه شرط، فيشترط وجوده كيفما كان لا قصداً، بخلاف الصوم في الكفارة، لأنه فرض مقصود يعتبر وجوده قصداً.

(والصوم في هذه الأيام) أي في أيام الفطر والنحر والتشريق (منهي عنه، فلا ينوب عن الواجب الكامل) لما روى الطبراني من حديث ابن عباس ان رسول الله ﷺ قال أيام منهي صيامها فلا يصح ان تصوموا هذه الأيام، فإنها أيام أكل وشرب وبعال، والبعال وقاع النساء. وروى البخاري ومسلم من حديث عبيد قال شهدت العيد مع عمر رضي الله عنه فبدأ بالصلاة قبل الخطبة، ثم قال إن رسول الله ﷺ نهى عن صيام هذين اليومين، اما يوم الأضحى فتأكلون من لحم نسككم، واما يوم الفطر ففطركم من صيامكم. وأخرجا أيضاً عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن صيامين، صيام يوم الأضحى ويوم الفطر.

فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد «رح». وقال أبو يوسف «رح» لا يستأنف، لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط، وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض، وفيما قلتم تأخير الكل عنه. ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس، وأن يكون خالياً عنه ضرورة بالنص، وهذا

(فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد) وبه قال الثوري ومالك وأحمد وأبو عبيد، وإنما قيد الجماع بالتي ظاهر منها، لأنه إذا جامع غيرها، فإن كان وطئاً يفسد الصوم بقطع التتابع يلزمه الاستئناف بالإتفاق، وإن كان لا يفسد الصوم بأن وقع بالنهار ناسياً أو بالليل كيف كان لا يلزمه الاستئناف بالاتفاق. وقيل بجامع التي ظاهر منها بالنهار ناسياً، لأنه إذا جامع بالنهار عامداً استأنف بالإتفاق، وذكر العمد في الليل وقع اتفاقاً، لأن العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء، فعرفت ان الخلاف في وطء لا يفسد الصوم.

(وقال أبو يوسف لا يستأنف) وبه قال الشافعي وابن المنذر والظاهرية (لأنه لا يمنع التتابع، إذ لا يفسد به الصوم) أي بالجماع ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً، فصار كوطء غيرها (وهو الشرط) اي التتابع هو الشرط للصوم كفارة وقد وجد (وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً) هذا جواب عما يقال التقديم على المسيس شرط ولم يوجد، فأجاب بقوله وإن كان الى قوله (ففيما ذهبنا إليه تقديم النص، وفيما قلتم) يعني الاستئناف (تأخير الكل عنه) تأخير البعض هو من تأخير الكل.

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد (ان الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس) لأنه قال الله تعالى ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾ (وأن يكون خالياً عنه) أي والشرط أيضاً أن يكون الصوم خالياً عن الجماع (ضرورة بالنص) أي لأجل ضرورة كون الصوم قبل المسيس كونه خالياً عنه بمقتضى النص، وهو قوله تعالى ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾ (وهذا

الشرط ينعدم به فيستأنف . وإن أفطر منهما يوماً بعذر أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع ، وهو قادر عليه عادة . وإن ظاهر العبد لم يجزئه في الكفارة إلا الصوم ، لأنه لا ملك له ، فلم يكن من أهل التكفير بالمال . وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجز ، لأنه ليس من أهل الملك ، فلا يصير مالكاً بتمليكه ، وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً لقوله تعالى ﴿ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ ٤ المجادلة ، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير

الشرط) أشار به إلى خلو الشرط (ينعدم به) أي بالمسيس في خلال الشهرين ، فإذا كان كذلك (فيستأنف الصوم ، فإذا أفطر منهما) أي من الشهرين (يوماً بعذر أو بغير عذر يستأنف) الصوم (لفوات التتابع) المشروط بالنص (وهو قادر) أي على التتابع (عادة) أي من حيث العادة ، واحترز به عن المرأة إذا أفطرت في كفارة الظهار والقتل بعذر الحيض ، فإنها لا تستأنف ، لأنها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا تحيض فيهما .

(وإذا ظاهر العبد لم يجزئه في الكفارة إلا الصوم ، لانه لا ملك فلم يكن من أهل التكفير بالمال) وإن ملك لوجود التنافي بين الرق والملك ، فتعين كفارته بالصيام كالفقير (وإن أعتقه المولى أو أطعم عنه لم يجز ، ولأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه) أي بتمليك المولى إياه ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو مروي عن الحسن . وقال ابن القاسم المالكي لو أطعم باذن مولاه أجزأه لو أعتق لا يجزئه . وقال الأوزاعي يجزئه ، فانه بإذنه اذا لم يقدر على الصيام .

(فاذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً ، لقوله تعالى ﴿ فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً ﴾ ٤ المجادلة ، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير) من دقيق الحنطة أو سويقها او نصف صاع من زبيب عند

أو قيمة ذلك ، لقوله عليه السلام في حديث أوس بن الصامت وسهل ابن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر

أبي حنيفة ، وعندهما صاع من زبيب وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة كذا في الطحاوي (أو قيمة ذلك) اي أو يطعم قيمة ذلك ، لكن من غير الأعداد المنصوصة مطلقاً ، وأما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدراً مما قدر الشرع إن كان من الآخر قيمة ، حق لو أدى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز ، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع من حنطة يبلغ قيمته صاعاً من تمر أو شعير لا يجوز ، والأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلاً عن جنس آخر هو منصوص عليه ، وإن كان في القيمة ، لأنه اعتبار لمعنى في المنصوص عليه ، وإنما الاعتبار له في غيره .

(لقوله عليه السلام) تعليل لقوله — أو يطعم كل مسكين نصف صاع — إلى قوله — أو شعير — وليس بتعليل لقوله — أو قيمة ذلك — أي لقول النبي ﷺ (في حديث أوس بن الصامت) الحديث لخولة بنت ثعلبة زوج أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت ، هكذا رواه أبو داود من طريق ابن اسحاق عن عمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خولة بنت ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه وهو يجادلني فيه ، ويقول اتق الله ، فانما هو ابن عمك ، فما برحت حتى أنزل الله ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها ﴾ ... الآية ١ المجادلة ، فقال عليه السلام يعتق رقبة ، قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين ، قالت انه شيخ كبير لا يستطيع أن يصوم ، قال يطعم ستين مسكيناً ، قالت ليس عنده شيء يتصدق به ، قال فإني أعينه بعرق من تمر ، قالت يا رسول الله وأنا أعينه بعرق من تمر ، قال أحسنت ، فاطعمي بهما ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك . قال والعرق ستون صاعاً .

(وقال ابن صخر العرق ستون صاعاً لكل مسكين نصف صاع من بر) (١) والصواب سلمة بن صخر ، وكذا ذكر في المبسوط . قال أبو عمر بن عبد البر هو سلمة بن صخر بن

---

(١) هذا غير ما ورد في المتن .

سليان بن حارثة الأنصاري ثم البياضي مدني ، ويقال سلمان بن صخر وسلمة أصح ، وهو الذي ظاهر من امرأتـــه ثم وقع عليها ، فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر ، وكان من البكائين . وقـال أبو عمر أيضاً سهل بن صخر له صحبة ورواية حديثه عن يوسف بن خالد عن أبيه عن جده انه أوصاه وقال يا نبي الله املكت ثمن عبد فاشترى عبداً ، فإن الحدود في نواصي الرجال ، ولم يذكر له شيئاً متعلقاً بالظهار .

وقال الذهبي سهل بن صخر الليثي ، وقيل سهل نزل البصرة وحديثه عند خالدالسمني عن أبيـــه ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك ، وقد عرفت من ذلك تقصير صاحب الهداية فيا ذكره . واعجب من هذا الأترازي الذي طول الكلام في هذا الموضع وقوة الناظر فيه . وقال في معرض الاستدلال ولنا ما روى الشيخ أبو الحسن الكرخي في جامعـه في قصة خولة إن النبي ﷺ قال فليطعم وسقاً من تمر ستين مسكيناً . ثم قال والحديث مسند في سنن أبي داود بطولـــه ، انتهى . وكان ينبغي أن يذكر الحديث بلفظ ما رواه أبو داود بسنده .

وأشد عجباً منه الأكمل حيث قال في شرحه ومـا ذكره المصنف موافق لما ذكره المستغفري في معرفـــة الصحابة قال سهل بن صخر ونظر فيه في موضعين ، أحدهما أن الأصح فيه سهل مكبراً كما ذكرناه ، ولم ينبه عليه ، بل بلغـه كما وجد بخطوط من لا يعتبر نقلهم ، والآخر ادعى انما ذكره المصنف موافق إلى آخره وليت شعري من أين هذه الموافقة ، لأن المصنف ذكر هذا دليلا لما ذكر ولم يرد شيئاً أصلا عن سهل بن صخر مما يتعلق بالظهار . وكان المستغفري ذكره في الصحابـــة لا يستلزم رواية شيء منه في الظهار ، وليس المقصود من ذكر المصنف إياه معرفة كونـه صحابياً ليس إلا . وكذا الكاكي قال سهل بن صخر ، كذا أورد المسعر المستغفري والحال بالحال .

وقـال أيضاً لنا حديث أوس بن الصامت كما ذكر في المتن ، رواه أبو داود وأحمد ، وقد قلنا ان الحديث لخولة بنت ثعلبـة ، ولم يجرد الحديث . واكتفى بقوله كما ذكر في المتن ، فان هذه الأشياء من التقليد ، والشافعي هنا يطعم مداً من الطعام ويجب ذلك من

ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين ، فيعتبر بصدقة الفطر . وقوله ـــ أو قيمة ذلك ـــ مذهبنا ، وقد ذكرناه في الزكاة ، فإن أعطى مناً من بر ، ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود إذ الجنس متحد ،

غالب قوت البلد من الحبوب والثمار التي يجب فيها الزكاة . وقال مالك يجب مد بمد هشام ، وهو مدان بمد النبي ﷺ ، وقيل إنــه دونهما ، لأنه عليه السلام نص على مدين في فدية الأذى والظهار مثله . وقال أحمد يجب من البر مد ، ومن التمر ومن الشعير مدان ، لأنــه روي عن عطاء عن أوس أخي عبادة بن الصامت أنه عليه السلام أعطى خمسة عشر صاعاً من شعير . قال أبو داود هذا منقطع ، لأن عطاء لم يلق أوساً .

(ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين ، فيعتبر بصدقة الفطر) يعني في المقدار ، لكن بينهما فرق ، فانه يجوز التفريق في صدقة الفطر ، فان أدى منا من الحنطة إلى مسكين ومناً آخر ، وهنا لا يجوز بل يجب عليه أن يتم على ذلك المسكين ، فانه لم يجد يستأنف على غيره ، لان المعتبر في صدقــة الفطر المقدار دون العدد ، وفي الكفارة العدد بالنص ، قـــال الله تعالى ﴿ فاطعام ستين مسكيناً ﴾ ٤ المجادلة ، كذا في مبسوط فخر الاسلام وشرح الطحاوي .

(وقوله – أو قيمة ذلك – مذهبنا) أي قول القدوري رحمــه الله تعالى ، لأن المسألة مذكورة في القدوري هكذا (وقد ذكرناه في الزكاة) أي وقد ذكرنا معناه في كتاب الزكاة ، وفي فصل الحملان والفصلان .

(فان أعطى مناً من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز) هذه من مسائل الأصل ، ولم يذكر في القدوري ولا في الجامع الصغير ذكرها المصنف رحمه الله تعالى على سبيل التفريع ، ولفظ الأصل ولو أعطى لكل مسكين مداً من بر أو مدين من شعير أو تمر أجزأة (لحصول المقصود) وهو دفع حاجة الفقير (إذ الجنس متحد) وهو الكفارة ، وهو متحد من حيث الإطعام ، لأن كل واحد من الاصلين اصلا ، فيجوز النصف من كل واحد منهمـــا ، وهو سد خلة المحتاج في يومه يحصل ذلك بخلاف ما إذا اعطى من صنف أقل مما قدر فيه ،

وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه ، لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه فتتحقق تملكه ثم تمليكه ،

لكنه يساوي كمال الواجب من صنف ، فانه لا يجوز ، كما إذا أعطى مداً وهو يساوي صاعاً من شعير إذا أعطى نصف صاع من تمر ، وهو يساوي نصف صاع حنطة لا يجوز، لان الرديء غير المنصوص ، فلا يعتبر فيه القيمة .

فان قيل لو أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه رقبتين فأعتق نصيبه منهما من الكفارة لا يجوز مع أن الجنس متحد من حيث الإعتاق . قلنا نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة ، إذا الشركة في كل رقبة تمنع التكفير ، بخلاف الأضحية بأن ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما حيث يجوز ، لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة ، كذا في المبسوط .

(وإن أمر غيره أن يطعم المساكين عن ظهاره ففعل أجزأه) هذه ايضا من مسائل الاصل ، ذكر بسبيل التفريع (لانه استقراض معنى) أي لان أمره بالاطعام عنه طلب الفرض منه من حيث المعنى (والفقير قابض له أولاً ، ثم لنفسه) أي قابضاً له نيابة عنه ، ثم يكون قابضا لنفسه (وتحقق تمليكه) أي تملك الامر (ثم تمليكه) اي ثم يتحقق تمليكه إلى الفقير ، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه ، فانه يجوز لانه يصير قابضا للواهب ، ثم يجعله لنفسه ، كذا هنا . ولا يقال كيف يجعل الفقير نائبا ، وهو مجهول ، والرضى بكونه نائبا شرط ، لانا نقول انما يراعى شرائط النيابة إذا كانت تصدية لا ضمنية لما عرف أن ما ثبت ضمنا لا يراعى شرائطه .

قال الكاكي ويرد على ظاهر الرواية التزوج على عبد الغير أو ثوب الغير ، فانهما يجعل فيهما قرضاً لا هبة ، وإن كان في القرض شك والفرق ان في معنى الإطعام معنى القربة والصدقة ، فيقصد بذلك الثواب والاجر دون المال ، بخلاف غيره . ومنهم من يقول الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد المحتاج ، ولهذا لا تضر الجهالة في الصدقة ، لان القابض معلوم ، ولهذا لو تصدق بدار تحتمل القسمة على فقيرين جاز ، وعلى غنيين لا يجوز . والفرق أن القابض في الصدقة معلوم دون الهبة .

فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً كان ما أكلوا أو كثيراً. وقال الشافعي « رح » لا يجزئه إلا التمليك اعتباراً بالزكاة وصدقة الفطر، وهذا لأن التمليك أدفع للحاجة، فلا ينوب منابه الإباحة. ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقـــة في التمكين من الطعم وفي الإباحة

(فإن غداهم وعشاهم جاز) هذه من مسائل القدوري ، أي فإن غدى ستين مسكيناً يعني أطعمهم الغداء ، وهو طعام الغداة . قولـــه – وعشاهم – أي أطعمهم العشاء ، وهو طعام العشاء الرواية بالواو لا بأو ، فإن التغذية الواحدة دون التعشية ، والتعشية من غير التغذية لا يجوز ذكره في المبسوط . وعن أبي حنيفة لو غدى ستين مسكيناً وعشى آخرين لا يجوز . وقال الكاكي وما في بعض نسخ الهداية إن عشاهم أراد بـــه غداهم غدائين أو عشاهم عشائين ، ذكره في المحيط ، فعلم أن المراد غداآن أو عشاآن أو غداء وعشاء (قليلا أكلوا أو كثيراً) أي بعدمـا شبعوا ، إذ القصد الشبع لا المقدار ، لأن المقصود دفع حاجة اليوم . وفي المحيط المعتبر أكلتان مشبعتان ، ولا يعتبر فيـه مقدار الطعام ، حق لو قدم أربعة أرغفة أو ثلاثـة في كفارة اليمين بين يدي عشرة وشبعوا أجزأ وإن لم يبلغ ذلك صاعاً أو نصف صاع .

ولو كان أحدهما شبعان هل يجوز ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يجوز ، لأنـه وجد إطعام العشرة . وقال بعضهم لا يجوز لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة ، ولم يوجد ، وبقولنا قال ابراهيم النخعي ومالك .

(وقال الشافعي لا يجزئه إلا التمليك) وبه قال أحمد ، وإنما يعتبر فيه التمليك دون الإباحة (اعتباراً بالزكاة ، وصدقة الفطر) أي قياساً عليهما (وهذا) أي وجه اعتبارها بالزكاة وصدقة الفطر (لأن التمليك أدفع للحاجة ، فلا تنوب منابه الإباحة) لأن الإباحة ليست مثل التمليك في دفع الحاجة .

(ولنا أن المنصوص عليـــه هو الإطعام) وهو جعل الغير طاعماً (وهو حقيقة في التمكين من الطعم) بضم الطاء وهو الطعام ، والطعام بالفتح مذاق الشيء (وفي الإباحة

ذلك ، كما في التمليك . أما الواجب في الزكاة الإيتاء، وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة ، ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه ، لأنه لا يستوفيه كاملاً ، ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع

ذلك) أي الإطعام (كما في التمليك) أي كما في معنى التمليك الإطعام ، فإذا كان كذلك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما ، فكانت الإباحة ثابتة بالنص ، والتمليك في معناه ، بل هو فوقه فيما هو المقصود ، وهو سد خلة الفقير وإغناؤه .

(أما الواجب في الزكاة) جواب عن قول الشافعي اعتباراً بالزكاة ، وصدقة الفطر وتقريره أن الواجب في الزكاة (الإيتاء) وهو الإعطاء (وفي صدقة الفطر) الأداء (وهما للتمليك) أي المعنى التمليك (حقيقة) فلا يجوز الإباحة ، وفي الكافي الأصل ان الإباحة تصح في كفارة الظهار ، والإفطار واليمين ، وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكاة وصدقة الفطر والحلق عن الأذى والعشر ، فإنه يشترط فيها التمليك ، وفي صدقة الحلق عن الأذى خلاف بين أبي يوسف ومحمد ، فأبو يوسف يجوز الإباحة . ومحمد يشترط فيه التمليك.

(ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه) هذه من مسائل كتاب الإيمان ذكره بسبيل التفريع ، أي ولو كان في المساكين الستين الذين عشاهم صبي فطيم عن اليمين لا يجزئه (لأنه) أي لأن الصبي الفطيم (لا يستوفيه كاملاً) لأن تعشيته وتغذيته ناقصة ، فلا تجزيء عن الكامل فإن قيل تجزيء في البالغين قليلاً ما أكلوا أو كثيراً ، فينبغي أن يجزئه في العظيم ، قيل له صلاحية الأكل التام أقيمت مقام الاكل التام فيهم ، وما نحن فيه بخلافه .

(ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع) أورد هذا أيضاً على سبيل التفريع ، والادام مما لو قدم به ، وهو الذي يؤكل شبعاً لغيره ، وإنما شرط الإدام في خبز الشعير دون خبز البر ، لأن الفقير لا يستوفي من خبز الشعير حاجته إلا إذا كان مأدوماً كذلك في الذرة والدخن ، بخلاف خبز البر ، فانه يستوفي منه حاجته ، ولم يكن مأدوماً قال العضدي وكذلك لو غداهم أو عشاهم بسويق تمر قالوا هذا في ديارهم ، أما في ديارنا فلا بد من الخبز .

وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام وإن أعطى مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه ، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه ، لأن المقصود سد خلة المحتاج ، والحاجة تتجدد في كل يوم، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره ، وهذا في الإباحة من غير خلاف. وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئه، وقد قيل يجزئه ، لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة، لان التفريق واجب

(وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام) لأن إدامته فيها لا سيما إذا كان سخنا ، وإنما يتوقف أكله على الإدام عند أهل الرفاهية دون المساكين .

(وإن أعطى مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه) يعني إذا كانت أكلتان مشبعتان في كل يوم . وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه لا يجوز ، كذا في شرح الطحاوي ، وبه قال الشافعي وأحمد في الأظهر (وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم ، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره) بخلاف ما إذا أعطاه في يوم واحد ، لأن الواجب التفريق على ستين مسكيناً ولم يوجد ذلك لا حقيقة ، لأنه مسكين واحد ولا حكماً لعدم تجدد الحاجة ، بخلاف المسألة الأولى ، لأن إطعامه في ستين يوماً كاطعام ستين مسكيناً لما قلنا (وهذا في الإباحة من غير خلاف) أي عدم الاجزاء فيما إذا أعطى كله مسكيناً واحداً في يوم واحد بطريق الاباحة بلا خلاف ، يعني لا تجزئه إلا بتجدد الايام ، لأن الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون مسكيناً في يوم واحد .

(وأما التمليك) يعني إذا أعطى الطعام كله مسكيناً واحداً في يوم واحد بطريق التمليك (من مسكين واحد في يوم واحد بطريق التمليك بدفعات ، فقد قيل لا يجزئه) وهو الأصح ، كذا في المحيط لان المعتبر سد الخلة (وقد قيل يجزئه ، لان الحاجة إلى التمليك تتجدد في يوم واحد ، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة ، لان التفريق واجب

بالنص ، وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف ، لأنه تعالى ماشرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس ، إلا أنه يمنع من قبله ؛ لانه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم ؛ فيقعان بعد المسيس . والمنع لمعنى في غيره لا بعدم المشروعية في نفسه . وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكيناً لكل مسكين صاعاً من بر لم يجزئه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ». وقال محمد «رح» يجزئه عنهما ، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما .

له أن بالمؤدى

بالنص) فاذا جمع لا يجزئه إلا عن واحد كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة ، كذا في المبسوط .

(وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف ، لانه عز وجل ماشرط في الاطعام أن يكون قبل المسيس) وبه قال الشافعي وأحمد ، لان مالك يستأنف ، واعتبر بالصوم (إلا أن يمنع من المسيس قبله) أي قبل الإطعام (لانه ربما يقدر على الإعتاق والصوم ، فيقعان بعد المسيس) فالمنع لا لمعنى المسيس لتوهم القدرة على الاعتاق فيكون لمعنى في غيره (والمنع لمعنى في غيره لا بعدم المشروعية في نفسه) فلا يقتضي الفساد كالبيع وقت النداء والصلاة في الأوقات المكروهة .

(وإذا أطعم من ظهارين ستين مسكيناً كل مسكين صاعا لم يجزئه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف) هذا من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يكون عليه طعام مائة وعشرين مسكينا عن ظهارين ، فأطعم ستين مسكينا لكل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين من امرأة واحدة أو امرأتين لم يجزئه إلا من إحداهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

(وقال محمد يجزئه عنهما) أي عن ظهارين (وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما) أي عن الافطار والظهار بالاعتاق (له) أي لمحمد (ان بالمؤدى) وهو قدر الصياع

وفاء بهما ، والمصروف إليه محــل لهما ، فيقع عنهما كمـا لو اختلف السبب أو فرق في الدفع . ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو . وفي الجنسين معتبرة ، وإذا لغت النية والمؤدى يصلح كفـارة واحدة ، لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة ،

(وفـــاء بهما) أي بكفارتيهما لكل واحد من ستين مسكينا (والمصروف عليه محل لهما جميع فيقع عنهما) أي عن الكفارتين (كما لو اختلف السبب) يعني أطعم ذلك عن إفطار وظهار (أو فرق في الدفع) بأن أعطى مسكينا نصف الصاع عن إحدى الكفارتين ،ثم أعطى النصف الآخر إياه عن الكفارة الأخرى جاز بالإتفاق .

(ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن النية في الجنس الواحد لغو) لأن النية للتمييز بين الاجناس المختلفة أو لتمييز المشترك ولا يوجد ذلك في الجنس الواحد (وفي الجنسين معتبرة) ألا ترى من كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز ، ولا يجب فيـــه نية التعيين ، وفي قضاء رمضان وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النيـــة لاختلاف جنسهما .

فان قيل لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نيـة التعيين ولم يجعل لغوا في جنس واحد ، ولهذا حل وطء التي عينها . قلنا أفاد الحل التي رفع حرمتها بعينها .

فان قيل تعلق بنية الظهارين هنا غرض صحيح ، وهو رفع الحرمة عنهما ، فوجب أن يصح . قلنا إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن إحدى الظهارين قدراً ومحلا ، فصحت بنيته . فأما إطعام ستين مسكينا صاعا إن كان يصلح عن الظهارين قدراً لا يصلح محلا لهما ، لان محل الظهارين مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق ، فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا ، كما لو أعطى ثلاثين مسكينـــا كل واحد صاعا .

(وإذا لغت النية ، والمؤدى يصلح كفارة واحدة ، لان نصف الصاع أدنى المقادير وذلك) يعنى أدنى المقادير (يمنع النقصان دون الزيادة) لان الشيء إذا وجب مطلقا ،

فيقـــع عنهـا ، كمـا إذا نوى أصـل الكفارة ، بخلاف ما إذا فرق في الدفع ، لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخـر ، ومن وجبت عليه كفارتا الظهار فأعتق رقبتين لا ينـــوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما ، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً جـــاز ، لأن الجنس متحد ، فـلا حاجة إلى نية معينة وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء ، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحـد منهما . وقال زفر « رح » لا يجزئه عن أحدهما في الفصلـــين . وقال الشافعي « رح » له أن يجعل ذلك عن أحدهمـا في الفصلين ، لأن الكفارات كلها

ثم ورد الشرع بالتقدير ، وذلك التقدير لا يمنع الزيادة ، فاذا كان كذلك (فيقع عنها) أي عن الكفارة الواحدة (إذا نوى أصل الكفارة) فانه يقع عن إحداها بالإتفاق (بخلاف ما إذا فرق في الدفع ، لانـه فى الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) هذا جواب عن قول محمداً، أو فرق في الدفع حاصله أن قياســـه على هذا غير صحيح ، ووجه يظهر عن المتن .

(ومن وجبت عليـــه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداها بعينهما جاز عنهما ، وكذلك إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز ، لان الجنس متحد ، ولا حاجة إلى نية معينه) بكسر الباء المشددة (وإن أعتق عنهما رقبة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيها شاء) هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، لخروج الامر من يده .

(وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما . وقال زفر لايجزئه عن أحدهما في الفصلين. وقال الشافعي له ان يجعل ذلك من أحدهما في الفصلين ، لأن الكفارات كلهـا

باعتبار اتحـــاد المقصود جنس واحد . وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد ، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدمـا أعتق عنهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد ، فتلغو ، وفي الجنس المختلف مفيـد ، واختلاف الجنس في الحكم ، وهو الكفارة هاهنا باختلاف السبب نظير الأول إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد، ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر ، فإنه لا بد فيـه

باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد) فالنية في الجنس الواحد لا تفيد ، ويبقى نية اصل الكفارة ، وذلك يكفي ، فله أن يجعل بعد ذلك عن أيها شاء . وقال أبو ثور يقرع في الظهارين أيها أصابتها القرعة حل وطؤها (وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد ، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدما اعتق عنهما ، لخروج الأمر من يده) بعدمـا اعتق ، فصار كما إذا أعتق عن ظهار وقتل .

(ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد لا يفيد ، فتلغو) أي نيته ، هذا جواب عما يقال لا نسلم اختلاف الجنس ، فان الحكم وهو الكفارة ها هنا بالإعتاق في القتل والظهار واحد ، فأجاب بقوله واختلاف الجنس (وفي الجنس المختلف يفيد) للتميز (واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب) فان القتل يخالف الظهار لا محالة ، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم ، لان الحكم ملزوم السبب ، واختلاف الملزوم يدل على اختلاف الملزومات ، ولما اختلف الجنس صحت النية ، فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفين ، فيكون لكل منهمـا نصف الرقبة ، فلا يجوز . ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية .

فقال (نظير الاول) يعني الجنس المتحد (إذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد) بناء على لغوية التوزيع وبقاء أصل النية ، إذ الجنس متحد (ونظير الثاني) يعني الجنس المختلف (إذا كان عليه صوم القضاء والنذر ، فانه لا بد فيه

من التمييز) فان نوى من الليل أن يصوم غداً عنهما كانت النية غير معتبرة، فلا يصير صائما أصلا إذ الجنس مختلف .

فان قيل إذا نوى ظهرين في يومين فانه لا يجوز عن واحد وإن اتحد الجنس . قلنا لا نسلم اتحاد الجنس ، لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب ، فان لكل منهما سبباوخطابا على حدة ، فأما الخطاب فظاهر ، وأما السبب فان دلوك الشمس في اليوم الثاني غير الاول ، بخلاف قضاء رمضان ، لان الخطاب بزمان يجمعها ، وهو الشهر ، ولا يحتاج إلى تعيين يوم السبب والاحد ، حتى إذا كان في قضاء من رمضانين شرط التعيين ، ذكره قاضي خان .

فروع . في المنتقى عن أبي يوسف لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانا . وفي جوامع الفقه ظاهر عن أربع فأعتق عبداً عنهن ، ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عنهن جاز استحسانا لاتحاد الجنس ونقصان الهلال لا يمنع ، وفي الخزانة صام تسعة وعشرين يوما بالهلال وصام قبله خمسة عشر يوما جاز . وقيل لا يجوز ويجب إتمامه بالعدد . وفي الاشراف يجزئه بالاهلة ثمانية وخمسون يوما ، وبه قال الثوري ومالك وأهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد ، وإن لم يستقل الهلال .

وقال الزهري يصوم ستين يوما . وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن صومه ستين يوما إن صام بغير الاهلة . وفي المنهاج يجوز اعتاق عبديه عن كفارته في كل واحدنصف ونصف وعندنا لا يجوز ، وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب عن الكفارة والعبد المستأمن يجوز ، خلافا للائمة الثلاثة ، ولا يجوز صرف الكفارة إلى فقير أهل الحرب ، وإن كان مستأمنا ويجوز إلى فقير أهل الذمة ، خلافا لابي يوسف والائمة الثلاثة ، وفقير المسلمين أحب عندنا . ولو قال الآخر أعتق عبدك عن كفارتي فأعتقه عن كفارتهأجزأه، وعندنا إذا لم يشترط عن عوض لا يقع عن الامر . وعند أحمد روايتان .



باب اللعان

قال إذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة

(باب احكام اللعان)

أي هذا باب في بيان أحكام اللعان وهو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا ، وأصله من اللعن ، وهو الابعاد والطرد في اللغة ، يقال التعن أي لعن نفسه ولاعن إذا لعن غيره ، ورجل لعنه بفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره ولعنه بسكونها إذا لعنه الناس كثيراً ، ومعناه شرعاً عبارة عما يجزىء بين الزوجين من الشهادات الأربع ، واللعن والغضب ، وسمي الكل لعاناً لما فيه من ذكر اللعن كالصلاة تسمى ركوعاً لما فيها من الركوع ، وكالتحيات تسمى تشهداً لما فيها من التشهد وركنه الشهادة المؤكدة باليمين ، وسببه قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب الحد في الأجانب ، وشرطه قيام النكاح.وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن . وأهله من كان أهلاً للشهادة عندنا ، حتى لا يجزىء بين مملوكين أو أحدهما صبي أو مملوك .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (إذا قذف الرجل امرأته بالزنا) سواء في ذلك قوله رأيتك تزنين، وقوله أنت زانية ويا زانية عند الجمهور ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية . وفي المشهور عنه لا يجب بقوله يا زانية أو أنت زانية بل يجب فيه الحد ، وبه قال الليث وعثمان البتي ويحي بن سعيد (وهما من أهل الشهادة) يعني من أهل الأداء ، ولهذا لا يجزىء بين مملوكين .

فإن قلت يجزىء بين الأعميين والفاسقين ، مع أن الشهادة لهؤلاء . قلت الأعميان من أهل الشهادة ، وعدم قبول شهادتهما لعدم التمييز بين المشهود له ، وعليه لو قضى القاضي بشهادة الفاسقين جاز . وقال في النهاية ولو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز .

والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان ، والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن والغضب قائمـــة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقـــها

(والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد وليس له أب معروف لا يجزىء اللعان ، أو زنت في عمرها ولو مرة ، او وطئت وطئاً حراماً ولو مرة ، ذكره الاسبيجابي (أو نفى نسب ولدها) بأن قال هذا الولد من الزنا ، أو قال ليس مني قبل الإقرار بالولد . وقيل مضي التهنئة التي هي قائمة مقام الإقرار ، بخلاف مـــا إذا نفى الحبل ، حيث لا لعان ولا حد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على ما يجيء (وطالبته بموجب القذف) أي طالبت المرأة زوجهـــا بموجب القذف (فعليـــه اللعان) أي فعلى الزوج اللعان ، أي يلاعنها ، وإنما شرطت مطالبتها، لأنه حقها،لأنه لبراءة عرضها حيث قذفها بالفجور،فاشترطت مطالبتها كسائر حقوقها ، حتى لو كانت كفت عن مرافعته ، فهي امرأته .

(والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان) إنمـــا قال عندنا ، لأن عند الشافعي أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة ، حتى أن عند أهل اللعان من كان أهلاً للشهادة ، وعنده من كان أهلاً لليمين ، فلا يجري اللعان إلا بين زوجين مسلمين حرين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف عندنا وعنده يجري بين المسلم وامرأته الكتابية ، وبين الكافر وامرأته وبين العبد وامرأته ، ويقول الشافعي قال مالك وأحمد في رواية كقولنا(مقرونة باللعن والغضب) صفة لما قبله ، وهذا المجموع هو اللعان ، وهو ركن اللعان (قائمة) أي اللعان قائمة ، إنما انثـه باعتبار الملاعنة أو باعتبار انه شهادات .. إلى آخره (مقام حد القذف في حقه) أي في حق الزوج ، ولهذا يشترط كونهـــا ممن يحد قاذفها ولا تقبل شهادته بعد اللعان أبداً .

(ومقام حد الزنا في حقها) اي في حق الزوجة ، ولهذا لو قذفها مراراً يكفي لعاناً

لقوله تعالى ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾ ٦ النور ،والإستثناء إنما يكون من الجنس . وقال الله تعالى ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ ٦ النور ، نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين

واحداً كالحد (لقوله عز وجل ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾ ٦ النور) وجه الإستدلال أن الله تعالى قال ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾ ٦ النور ، واستثناء الأزواج من الشهداء (والإستثناء إنما يكون من الجنس) هذا هو الأصل ، ولا شهداء إلا بالشهادة ، ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان ، فدل أنها شهادات أكدت بالأيمان نفياً للتهمة .

(وقال الله تعالى ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهدات بالله ﴾ ٦ النور ، نص على الشهادة واليمين ، فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين) لأن الحاجة ها هنا إلى إيجاب الحكم في الطرفين ، والذي يصلح لإيجاب الحكم الشهادة دون اليمين ، الا أنها مؤكدة باليمين ، لأن يشهد لنفسه التأكيد باليمين لا يخرجه من أن يكون شهادة . فقلنا الركن الشهادة المؤكدة باليمين عملاً بحقيقة لفظ القرآن والسنة على ما يأتي . وقال الماوردي في الحاوي وتأويل أبي [1] خطأ ، لأن شهادة المرء على نفسه غير مقبولة فاسد ، لأن من قال بحقيقة لفظ الشهادة المذكورة في القرآن والحديث لم يكن قوله تأويلاً ، بل التأويل قول من ترك حقيقة اللفظ بالإشهاد الفاسدة وتعطيل القرآن بالحديث .

وأما شهادته لنفسه فغير مقبولة لمكان التهمة ، إلا أنه لا يصلح للشهادة ، ألا ترى إلى قوله عز وجل ﴿ شهد الله ﴾ ... الآية وكان من أصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين ، مع أنها بإذن الله تعالى او شرع رسوله عليه السلام ، وأما تكرار الشهادة لقيامها مقام أربع شهادات ، فإن الواجب عليه إقامة أربع شهادات من شهود

---

(١) وهكذا في الأصل – أبي – وربما هنا كلمة ناقصة ، اه مصححه .

ثم قرن الركن من جانبه باللعن لو كان كاذباً ، وهو قائم مقام حد القذف ، وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا

أربعة ، وقد عجز عن إقامة شهود أربعة ، ولم يعجز عن إقامة أربع شهادات فما عجز عنه .

(ثم قرن الركن) هو الشهادة (في جانبه) اي في جانب الزوج (باللعن لو كان كاذباً) تأكيداً (وهو قائم مقام حد القذف) ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، ولا بشهادة النساء وكتاب القاضي إلى القاضي (وفي جانبها) اي وفي جانب الزوجة (بالغضب) أي قرن الشهادة بالغضب ، وإنما خص الغضب في جانبها في المرة الخامسة لأنهن يستعملن اللعن كثيراً في البيوت على ما جاء في الحديث أنهن يكثرن اللعن ، ويكفرن العشيرة ، وسقطت حرمة اللعن عند أعينهن فيجرين على الأقدام عليه لكثرة جريه ، فأقيم الغضب مقامه في حقهن ليكون أدعى لهن عن الإقدام ، وإنما أفردت الخامسة بالغضب لأنها ليست من جنس الشهادة لعدم ذكر الشهادة فيها (وهو قائم مقام حد الزنا) ولهن لو قذفها مراراً يكفى لعان واحد كالحد .

فإن قيل ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين ، وهنا المناسبة بين الحد والشهادة . أجيب بأن الحد زاجر ، والإستشهاد بالله تعالى كاذباً مقروناً باللعن على نفسه سبب الهلاك ، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سببه .

فإن قيل لو كان اللعان قائماً في حقه مقام حد القذف لجرى كجريانه في الإتحاد والتعدد ، وليس كذلك ، فان من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة ، وفي كلام متفرق فعليه أن يلاعن عن كل واحدة منهن على حدة ، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حد القذف لهذا مرة واحدة . أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام امرأته لا مطلقاً ، لأنه صار بدلاً عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها ، فلا يرد عليه الاجنبيات ، على أن ذلك لاختلاف المقصود ، فإن المقصود هنا وقع عار الزنا عنهن ، وذلك يحصل بإقامه حد واحد ، وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد تعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان ، فقد يكون صادقاً في حق بعض دون بعض ، والمقصود التفريق بينه وبينهن ، ولا يحصل ذلك

إذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة، لأن الركن فيه الشهادة ، ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها إلا أنه قائم في حقه مقام حد القذف ، فلا بد من إحصانها ، ويجب بنفي الولد ، لأنه لما نفى ولدها صار قاذفاً لها ظاهراً ، ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة، كما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف، وهذا لأن الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

بلعان بعضهن ، فيلاعن كلا منهن على حدة ، حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه لهن حد واحد ، لأن موجب قذفهن الحد حينئذ ، والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبيات .

(إذا ثبت هذا) يعني إذا ثبت ان الأصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان (نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة ، لأن الركن فيه) أي في اللعان (الشهادة ، ولا بد أن تكون هي) أي المرأة (ممن يحد قاذفها) حتى لو كان من أهل الشهادة والمرأة ممن لا يحد قاذفها ، فان كان معها ولد لأب له معروف لا يجب اللعان (لأنه) أي لأن اللعان (قائم في حقه مقام حد القذف ، فلا بد من إحصانها) أي إحصان المرأة (ويجب بنفي الولد) أي يجب اللعان إذا نفى ولده بأن قال هذا الولد من الزنا ، وقد مضى الكلام فيه عن قريب (لانه لما نفى ولدها صار قاذفاً ظاهراً) كما إذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف ، فإنه يكون قذفاً للمرأة ، وكذلك هذا .

(ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة ، كما إذا نفى أجنبي نسبه) أي بنسب الولد (عن أبيه المعروف) فإنه التباس قذف صريح (وهذا) إشارة إلى قوله ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره (لأن الأصل في النسب الفراش هو الصحيح) أي الفراش الصحيح (والفاسد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وفي المبسوط الولد من الوطء بشبهة ثابتة بالنسب عن النسيان ، والذي لا

ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق ، فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه ، لأنه حق مستحق عليه ، وهو قادر على إيفائه ، فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذبه نفسه ليرتفع السبب ،

إذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه، حتى لو كذب نفسه لا يجب اللعان، وفي بعض فقد زعم أن لا نسب له ، فيكون قاذفاً بالزنا .

وقال الشافعي لا يصير قاذفاً بالنفي ما لم يقل انه من الزنا ، لجواز أن يكون من الوطء بشبهة ، كما قال لأجنبية ليس هذا الولد من زوجك ، والقياس ما قاله ، إلا أنا تركناه بالضرورة ، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها وعزلها عزلاً بيناً ، فاكتفى بنفي الولد ، حتى ينتفي منه نسب الولد ، وهذه الصورة معدومة في حق الأجنبي . قيل ذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها ، لأنه يحتمل الحل والجماع بشبهة ، والنكاح الفاسد ، فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا ، لأنه لم [1] بالزنا . أجيب عنه جعلناه كالصريح بالزنا بالضرورة كما بينا .

(ويشترط طلبها) أي طلب المرأة بموجب القذف (لأنه حقها ، فلا بد من طلبها كسائر الحقوق) لأنه باللعان يندفع عنه عار الزنا ، وبه قالت الثلاثة (فإن امتنع عنه) أي عن اللعان (حبسه الحاكم حتى يلاعن) وهذا عندنا . وقال الشافعي ومالك وأحمد يقام عليه حد القذف بناء على أن موجب القذف عندهم الحد ، وعندنا اللعان (ويكذب نفسه فيحد ، لأنه حق مستحق عليه) أي على الزوج (وهوقادر على إيفائه) قال الاكمل قيل هذا احتراز عن المديون المفلس ، فإن الدين مستحق ، ولكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس . قلت القائل بهذا الكافي ، فإنه هكذا شرح هذا الموضوع (فيحبس فيه، حتى يأتي بما عليه أو يكذب نفسه) فإذا كذب نفسه فحينئذ يجب عليه حد القذف (ليرتفع السبب) أي سبب اللعان ، أي علته وهو التكاذب، لأن اللعان إنما يجب

---

(١) ربما هنا كلام ناقص .

ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص ، إلا أنه يبتدىء بالزوج ، لأنه هو المدعي فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه ، لأنه حق مستحق عليها ، وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه ، وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد ، لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته ، فيصار إلى الموجب الأصلي ، وهو الثابت بقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ... الآية ٤ النور ، واللعان خلف عنه ،

إذا كذب واحد منهما الآخر فيما يدعيه ، حتى لو كذب نفسه لا يجب اللعان ، وفي بعض النسخ ليرتفع الشين ، أي العار بالتكاذب ، وهو بفتح الشين المعجمة وسكون الباء آخر الحروف وبالنون .

(ولو لاعن) أي الزوج (وجب عليها اللعان لما تلونا) من النص وهو قوله عز وجل ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ ٦ النور (إلا انه يبتدىء بالزوج ، لأنه هو المدعي) بناء على أن اللعان شهادات ، والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن ، كأنه استشعر ان يقال المتلو من النص لا يدل على المبدو به ، فقال إلا انه يبدأ به .

(فإن امتنعت حبسها الحاكم ، حتى تلاعن أو تصدقه) أي تصدق الزوج (لأنه حق مستحق عليها ، وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه) وقال الشافعي ومالك لا تحبس بل ترجم للزنا بعد الدخول بها ، ولأحمد في حبسها روايتان .

(وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد) صورة ما إذا كان الزوج كافراً والمرأة مسلمة بأن كان الزوجان كافرين فأسلمت المرأة فقذفها الزوج قبل عرض الإسلام عليه (لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته) وهو كونه ليس من أهل الشهادة (فيصار إلى الموجب الأصلي) وهو حد القذف (وهو الثابت بقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ... الآية ٤ النور ، واللعان خلف عنه) فإنه كان هو

وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف ، أو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته والأصل في ذلك قوله عليه السلام أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

المشروع أولا ، ثم صار اللعان خلافاً عنه في الزوج عند وجود الشرط ، فإذا عدمت صير إلى الأصل .

(وإن كان هو من أهل الشهادة وهي أمة) أي والحال ان المرأة أمته (أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية) أي وكان ظهور زناها بين الناس كذلك ، أو تزوجها بنكاح فاسد أو ولدها من غير أب معروف (فلا حد عليه ولا لعان) هذا من مسائل القدوري رحمه الله تعالى إلا قوله –بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية – فإنه تفسير من المصنف (لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها) أي في جانب المرأة (وامتناع اللعان لمعنى في جهتها) أي لأجل امتناع وجوب اللعان لعلة في جهة المرأة وهو ظاهر ، فإذا كان كذلك (فيسقط الحد كما إذا صدقته) أي المرأة ، أي كما يسقط الحد إذا صدقت المرأة زوجها ، لأن سقوط اللعان يكون من جهتها ، وبقولنا قال الشعبي والزهري وحماد ومكحول وعطاء وأحمد في رواية ، وفي ظاهر مذهبه من كان أهلاً لليمين فهو أهل للعان ، كما قال الشافعي ومالك .

(والأصل في ذلك) أي في الذي ذكر من البيان (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك) والمحدود في قذف مع امرأته . أقول ونذكر أولاً ما ذكره الشراح

هنا ، حتى يعرف القصد والتقليد في أمثاله . فقال الأترازي هذا الحديث لم نجد له أصلاً في كتب الحديث كالموطأ وصحيح البخاري وسنن أبي داود والجامع الترمذي وغير ذلك ، إلا أن أبي بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي بإسناده عن عبد الباقي عن نافع عن أبي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال ليس أربع بينهن ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك ، انتهى .

قال الأكمل قيل هذا الحديث لم يوجد لـــه أصل في كتب الحديث ، لكن أبو بكر الرازي ذكر في شرحه مختصر الكرخي بإسناده عن عبد الباقي أبى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قيل كفى بأبي بكر الرازي العدالة والفقه والضبط مقتدى ، انتهى . وقال الكاكي بعد أن ذكر الحديث رواه الشيخ أبو بكر الرازي والدارقطني وفيه وليس بين المملوكين ولا الكافرين لعان ، ذكره أبو عمر بن عبد البر أيضاً وضعفه ، ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه ، والضعيف إذا روي من طرق يحتج بـــه على ما عرف ، انتهى .

فنقول قال الأترازي هذا الحديث لم نجد له أصلا ... إلى آخره غير صحيح ، لأن ابن ماجة والدارقطني وعبد الباقي بن قالع ، ذكره فعرفت انه من المقلدين المقصرين . وقول الأكمل قيل في الموضعين يدل على انه من المقلدين المقصرين . وأما قول الكاكي فقريب من التوجيه ، ولكنه لم يحرره كما ينبغي . قال الشيخ جمال الدين الزيلعي في تخريج أحاديث الهداية بعد أن ذكر الحديث المذكور ، أخرجه ابن ماجة في سننه عن ابن عطاء عن أبيه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك ، هذا لفظ ابن ماجة وأخرجه الدارقطني في سننه عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب وقال عن جده عبد الله بن عمرو موقوفاً أربعة ليس بينهم لعان ليس بين الحر والأمة لعان ، وليس بين الحرة والعبد لعان ، وليس بين المسلم واليهودية لعان ، وليس بين المسلم والنصرانية لعان .

وقال الدارقطني الوقاصي متروك الحديث ، ثم أخرج عن عثمان بن عطاء الخراساني عن أبيه عن عمرو به. قال وعثمان بن عطاء الخراساني ضعيف الحديث جداً ، وتابعه يزيد بن ذريع عن عطاء وهو ضعيف أيضاً . وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن جده انتهى . قلت عطاء هذا وثقه ابن معين وأبو حاتم وغيرهما ، واحتج به مسلم في صحيحه وابنه عثمان ، ذكره ابن أبي حازم في كتابه وقال سألت عنه أبي فقال يكتب حديثه ثم ذكر عن أبيه سألت رحيماً عنه فقال لا بأس به ، فقلت ان أصحابه يضعفونه ، فقال وأي شيء حديث عثمان في الحديث ، واستحسن حديثه وعثمان ابن عبد الرحمن بن عمرو بن سعد بن أبي وقاص أبو عمرو الوقاصي المالكي قال ابن الجوزي إنما قيل له المالكي لأن سعداً هو ابن مالك . قلنا هو أبو وقاص ، فلذلك نسب إليه وكان هو ضعيفاً ، فقد أخرج الحديث أيضاً عن عمرو بن شعيب غيره .

وروى الذهبي في المتن الأحاديث منها ما رواه عن سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً الكذب يقصر الرزق ، والدعاء يرد القضاء نافذ والله في خلقه قضاء يحدث . وقال البيهقي قال الشافعي قالوا روي عن عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال أربع لا لعان بينهن ... الحديث . قلنا رويتم هذا عن رجل مجهول ورجل غلط ، وعمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو منقطع . قلت لم يسم الشافعي المجهول ولا الذي غلط ولا بينهما .

وقد روى هذا الحديث عبد الباقي بن قانع وعيسى بن ابان من حديث حماد بن خالد الخياط عن معاوية بن صالح عن صدقة بن أبي ثوبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، وحماد ومعاوية من رجال مسلم ، وصدقة ذكره ابن حبان في كتاب التابعين، قال وروى عنه معاوية بن صالح ، ذكره ابن **أبي حاتم في كتابه**، وقال روى عنه الوليد وعبيد الله بن موسى ، وهذا يخرجه عن جهالة العين والحال . وقول الشافعي رجل غلط قال الشيخ علاء الدين في الجواهر النقي أظنه أراد به عمرو بن شعيب وهو ثقة ، وقد عمل العلماء بحديثه وعمل به الشافعي في مواضع والبيهقي . وقد خالف الشافعي في قوله

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد . وصفة اللعان أن يبتدىء القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات .

ان الحديث منقطع وأثبت اتصاله ، وقد تبين بما قلنا أن اسناد الحديث جيد ، فلا نسلم قول البيهقي ، ولم ينسلخ بيانه إلى عمرو .

(ولو كانا) أي الزوجان (محدودين في قذف فعليه الحد) لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته ، إذ هو ليس من أهله . هذه من مسائل الأصل ذكرها المصنف على سبيل التفريع ، قوله من جهته هو كونه ليس من أهل الشهادة .

فإن قلت هلا اعتبر جانبها وهي أيضاً محدودة في القذف ذا الحد . قلت المانع من الشيء إنما يعتبر مانعاً إذا وجد المقتضى ، لأنـه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضاه ، وهنا المانع هو الرجل لكونه الأصل فيه ، وإنما يعتبر أهلية المرأة فيه إذا وجدت أهلية الرجل ، فإذا لم توجد أهلية الرجل لا يعتبر بحالها في اللعان كالعبد يقذف امرأته المحدودة العفيفة الحرة البالغة ، حيث يجب عليه الحد .

(قال وصفة اللعان) أي قال القدوري رحمـه الله تعالى وصفة اللعان (أن يبتدىء القاضي بالزوج) أي يقيم القاضي الزوج بين يديـه ويأمره (فيشهد أربع شهادات) من الإشهاد بنصب الدال عطفا على قوله أن يبتدىء . واعلم انهـا إذا خاصمت إلى القاضي فينبغي أن يقول لها اتركي وانصرفي ، ولو تركت وانصرفت ثم خاصمت بعد ذلك ثانياً جاز ، لأن العفو عن القذف باطل ، فإذا اختصمت وانكر الزوج فعليها أن تقيم شاهدين عدلين ، ولو أقامت رجل وامرأتين لم يقبل . ولو أقامت شاهدين ثم أن الرجل أقام رجلا وامرأتين على تصديقها سقط اللعان ولا حد . ولو لم يكن لهـا بينة فأرادت أن تحلف الزوج على القذف ليس لها ذلك ، فإن أقر الزوج بأنه قذفها بالزنا سئل البينة ، فإن شهد أربعة أنهم رأوا كالميل في المكحلة ، والقلم في المحبرة ينظر إن كانت امرأة محصنة رجمت ، وإن كانت غير محصنة جلدت . ولو لم يكن له بينة وجب اللعان إذا اجتمعت الشرائط . وقال في الأصل يقول له القاضي قم فالتعن فيقوم .

يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها بـه من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، يشير إليها في جميع ذلك ، ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقـول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني بـه من الزنا .

والأصل فيه ما تلوناه من النص . وروى الحســـن « رض » عن أبي حنيفة « رح » أنه يأتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا ، لأنه أقطع للاحتمال .وجه ما ذكر في الكتاب لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الإحتمال.

ثم (يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، يشير إليها في جميع ذلك . ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) وإذا كان القذف بنفي الولد تقول المرأة في كل مرة فيما رماني به من الزنا في نفي الولد .

(والأصل فيه) أي في اللعان على هذه الصورة (ما تلونا من النص) وهو فيما مضى بقوله تعالى ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات ﴾ إلى قوله ﴿ إن كان من الصادقين ﴾ ٦ النور (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظ المواجهة) أي المخاطبة (يقول فيما رميتك به من الزنا ، لأنه أقطع للاحتمال) لأن هاء الغيبة محتملة فكانت المخاطبة أرفع للإحتمال ، وبه قال زفر ، كذا ذكره في شرح الأقطع .

(وجه ما ذكره في الكتاب) أي القدوري (أن لفظ المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال) لأنه يجتمع أداتا تعريف فهو أولى . وفي تنبيه الشافعية يسميها إن كانت غائبة ويشير إليها إن كانت حاضرة . وقيل يجمع بينهما ، وأنكره السرخسي فقال لا معنى

قال وإذا إلتعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما . وقال زفر « رح » تقع بتلاعنهما ، لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث . ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظلم ،

لذكر الاسم والنسب مع الحضرة . وفي المنهاج لو بدل الشهادة بحلف ونحوه أو الغضب يلغيها أو على العكس ، قبل تمام الشهادات لم يصح على الأصح .

(قال) اي القدوري رحمه الله (فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) تكون الزوجية قائمة ويقع ظهاره وطلاقه ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما عندنا ، كذا في شرح الطحاوي (وقال زفر تقع) اي الفرقة (بتلاعنهما) وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه ، وبه قال أبو ثور وأبو عبيد في رواية داود ، وهو مروي عن ابن عباس . قال الشافعي يقع بلعانه كما إذا ارتد أحد الزوجين . وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج لا سلف له فيه ، قيل ليس كذلك ، لأنه ذكر في المقدمات انه ظاهر قول مالك وعبد الله بن عمرو بن العاص . وقال ابن حزم في المحلى قول الشافعي قول لا برهان عليه . وقال عثمان البتي وجماعة من أهل البصرة لا يتعلق باللعان فرقة بحال ، وهو خلاف السنة والحديث .

(لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) قال الأكمل والكاكي أراد بالحديث قوله ﷺ المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً ، نفي الإجتماع بعد التلاعن ، وهو تنصيص على نفي الفرقة بالتلاعن . وقال الأترازي ولزفر قول الصحابة المتلاعنان لا يجتمعان أبداً . قلت الصواب مع الأترازي انه لم يرو مرفوعاً ، إنما روي موقوفا على جماعة من الصحابة من ذلك ما رواه أبو داود من حديث ابن شهاب عن سعد بن سهل رضي الله تعالى عنه في هذا الخبر ، قال فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله ﷺ فمضت السنة بعد في المتلاعنين إذا افترقا لا يجتمعان أبداً . وروى عبد الرزاق في مصنفه المتلاعنان لا يجتمعان أبداً موقوفاً على عمر وابن مسعود رضي الله عنهم (ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف ، فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منا به دفعاً للظلم) .

دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبتُ عليها يا رسول الله فقال له أمسكها ، فقال إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً قاله بعد اللعان ،

(قال) المصنف رحمه الله تعالى (دل عليه) اي دل على عدم وقوع الفرقة (قول ذلك الملاعن عند النبي ﷺ كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً، قاله بعد اللعان) وأراد بالملاعن عويمر العجلاني . وجه الإستدلال أنه قال كذبت عليها عند النبي ﷺ ... إلى آخره ، ولم ينكر عليه النبي ﷺ ، ولو وقعت بينهما بمجرد التلاعن لأنكر رسول الله ﷺ ، فإن قيل قد أنكر عليه بقوله إذهب فلا سبيل لك عليها . أجيب بأن ذلك ينصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روي أنه قال إذا كنت صادقاً فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذباً فلا سبيل لك عليها ، والتركيب المذكور قلق جداً ، حتى في بعض النسخ دل عليه قوله ﷺ لذلك الملاعن إن أمسكتهافهي طالق ثلاثاً، قاله بعد اللعان ، أي بعد وقوع اللعان وبين النسختين فرق لا يخفى . ولو ذكر الحديث ثم بين وجه الإستدلال لكان أحسن وأوضح .

والحديث ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري ، فقال له يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً يقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ، سل لي عن ذلك رسول الله ﷺ ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال رسول الله ﷺ ، فقال له عاصم ما كنت لتأتيني بخبر فذكره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها، قال والله لا انتهى ، حتى أتى رسول الله ﷺ وسأله عنها فأتى عويمر النبي ﷺ وسط الناس فقال يا رسول الله ﷺ رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ، فقال رسول الله ﷺ قد أنزل الله تعالى فيك وفي صاحبتك ، اذهب فأت بها،قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ .

قال ابن شهاب فكانت تلك سنة الملاعنين ، ورواه البخاري في صحيحه عن اسماعيل

وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد « رح » لأن فعل القاضي انتسب إليـــه كما في العنين وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما . وقال أبو يوسف هـو تحريم مؤبد

عن مالك عن ابن شهاب ورواه مسلم أيضاً وأبو داود . وفي رواية عويمر بن أشقر . وقلنا حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أيضاً انه ﷺ لا عن بين رجل وامرأته ألحق الولد بأمه ، ذكره في الصحيحين . وعن سهل بن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله ﷺ وأنا ابن خمس عشر سنين فرق بينهما حين تلاعنا ، فهذه الأحاديث الصحاح كلها تدل على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما ، وكذا إيقاع الطلاق الثلاث ، ولم يرد في حديث أنه عليه السلام فرق بينهما قبل لعان المرأة بعد لعان الرجل ، قال الطحاوي قول الشافعي خلاف القرآن والحديث ، وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلا ، لأنها ليست زوجة عند لعانها .

(وتكون الفرقة) اى الفرقة الحاصلة بالتلاعن (تطليقـــة بائنة عند أبي حنيفـــة ومحمد رحمهما الله تعالى ، لأن فعل القاضي انتسب إليه) للنيابة عنه (كما في العنين) حيث يؤجله القاضي سنة ، فان وصل إليها وإلا فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة الفرقـة ، والفرقة بالطلاق لا تتأبد ، غير انها بائنة ، لأن المقصود دفع الظلم عنها فلا يحصل ذلك إلا بالبائن ، وهما يحتجان أيضاً بما روى مسلم عن ابراهيم النخعي انه قال اللعان تطليقـــة بائنة ، ولأن الثابت بالنص اللعان ، فلو أثبت الحرمة الموة [1] لزم الزيادة على النص ، وذلك لا يجوز ، لأنه نسخ .

(وهو خاطب إذا أكذب نفسه) هذه مسألة مبتدأة ، اي هذا الرجل بعد الإكذاب صار خاطباً من الخطاب ، اي يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها فعليه الحد بإكذاب نفسه (عندهما) اي عند أبي حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبـد) يعني بعد التلاعن تبقى المرأة حرام عليه أبداً ، فلا يجوز له أن يتزوجها ، وبه قال زفـر

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل وربما هي ـ المؤبدة.

لقوله عليـــه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبداً نص على التأبيد .

ولهما أن الإكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعـــد الاكذاب فيجتمعان . ولو كان القذف بنفي الولد نفي القاضي نسبه والحقه بأمه

والحسن والشافعي لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبداً ، وقد مـــر الكلام عن قريـــب مستقصى ، وهو قول الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم يرد مرفوعاً (نص على التأبيد) اي نص ظاهر هذا الخبر على تأبيد الحرمة .

(ولهما) اي لأبي حنيفة ومحمد (ان الإكذاب) اي إكذاب الرجل الملاعن نفســـه (رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها) يعني يبطل حكمها (ولا يجتمعان مـــا داما متلاعنين) ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطباً ، لأن معناه ما داما في حال التلاعن (ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب) اي لم يبق حقيقة التلاعن ولا حكماً يعني لا حقيقة ولا حكماً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكماً فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليـــه الحد ، فبطلت أهلية اللعان ، فإذا بطلت الأهلية بطل حكمها(فيجتمعان)اي المتلاعنان، يعني يجوز اجتماعها بعد ذلك التزويج . وقال الكاكي إذا كذب نفسه قبل تفريق القاضي حلت له من غير تجديد النكاح .

(ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) أي ألحق الولد بأمه،وبه قال الشافعي وأحمد . وقال ابراهيم وابن معقل وموسى لا يفتقر نسب الولد على الفـــراش بالنفي ، لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ذكره في الصحيحين . وللجمهور حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رجلاً لاعن امرأته فانتفـــى ولده وفرق بينهما ، وألحق الولد بأمه رواه الجماعة.قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق من الأب سوى الميراث والنفقة،حتى أن شهادة الأب له لاتقبل وشهادته لابنه لا تقبل ودفع الزكاة إليه لا يجوز . ولو كان انثى فزوجه أباها أو تزوج بنته منه إن كان إبناً لا يجوز ، وغير ذلك من أحكام النسب .

وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد ، وكذا في جانب المرأة ، ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين، ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روينا أن النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال ، وألحقه بها

(وصورة اللعان) اي في نفي الولد (أن يأمر الحاكم الرجل ، فيقول أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد ، ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين) أراد بهما الزنا ونفي الولد (ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روي انه عليه السلام) اي ان النبي ﷺ (نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال ، وألحقه بها) الحديث رواه أبي داود في سننه قال حدثنا الحسن بن علي قال حدثنا يزيد بن هارون قال أخبرنا عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية ، وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينه وسمع بأذنه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إني جئت على عشاء فرأيت عندهم رجلا ، فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم ﴾ ... الآيتين كليهما ٦ النور ، فسرى عن رسول الله ﷺ فقال بشير يا هلال قد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً .

قال هلال وقد كنت أرجو ذلك من ربي ، فقال رسول الله ﷺ أرسلوا إليها فجاءت فتلى عليها رسول الله ﷺ وذكرها وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، فقال والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذب فقال رسول الله ﷺ لا عنوا بينهما ، فقيل لهلال أشهد فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، فلما كان الخامسة قال يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله

عليه إن كان من الكاذبين ، ثم قيل لها أشهدي فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله ، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد .

وقضى أن لا بيت عليه ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال إن جاءت به أصيهب أريصح اثيبج مناقي الإليتين حمش الساقين فهو لها، وإن جاءت به أورق جعد اجماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين ، فقال رسول الله ﷺ لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ، قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميراً على مصر ، وما يدعى لأب ، ورواه أحمد في مسنده ، وهو معلول بعباد بن منصور . وقال ابن معين عباد ابن منصور ضعيف قدري . وقال ابن حبان كان قدرياً داعياً إلى القدر . وقال فيالتنقيح وثقه يحي القطان .

قوله – أصيهب – تصغير أصهب، وهو الذي يعلو لونه صهبة، وهي كالشقرة . وقوله – أريصح – تصغير الأرصح بفتح الهمزة وسكون الراء وفتح الصاد المهملة وبالحاء المهملةهو الناتىء الإليتين، ويجوز بالسين، قاله الهروي . قوله أثيبج تصغير أثبج بفتح الهمزة وسكون الثاءالمثلة وفتح الباء الموحدة وبالجيم، وهو الناتىء الثبج اي ما بين الكتفين والكاهل، قوله – حمش الساقين – بفتح الحاء المهملة وسكون الميم وبالشين المعجمة اي دقيقهما . قوله – أورق – اي أسمر قوله – جعد – بفتح الجيم وسكون العين المهملة وبالدال المهملة ، وهو القصير بمتردد الخلق . قوله – جماليا – بضم الجيم وتخفيف الميم واللام وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو الضخم الأعضاء التام الأوصال . قوله – سابغ الإليتين – بالسين المهملة وكسر الباء الموحدة وبالغين المعجمة ، اي قائمها وعظيمها .

(ولأن المقصود من هذا اللعان) اي لأن مقصود الزوج من لعانه (نفي الولد فيوفر

عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق . وعن أبي يوسف « رح » أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب ، لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره ، فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه وحل له أن يتزوجها ، وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهل للعان ، فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم .

عليه) اي على الزوج (مقصوده) في نفيه (فيتضمنه القضاء بالتفريق) اي يتضمن نفي الولد قضاء القاضي بالتفريق ، يعني إذا قال فرقت بينهما يكفي .

(وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه) اي ألزمت الولد أمه (وأخرجته) اي الولد (من نسب الأب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لأنه ينفك عنه) اي لأن نفي الولد ينفك عن التفريق إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه (فلا بد من ذكره) اي من ذكر نفي الولد ، ألا ترى انه إذا نفى ولد أم الولد ينتفي به ولا يجري اللعان . وإذا قال لامرأته زنيت يجري اللعان ولا ينتفي الولد .

(فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) يعني بعد اللعان (حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه) حيث قذف محصنته . وفي المبسوط هذا إذا لم يطلقها بائناً بعد القذف، أما لو كذب نفسه بعد البينونة لا يجب الحد ولا اللعان ، لأن المقصود باللعان التفريق ، ولا يتأتى ذلك بعد البينونة ولا حد عليه ، لأن قذفه كان موجباً للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين (وحل له أن يتزوجها) قال الأكمل هذا تكرار لقوله — وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما — ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعاً ، ونقل هنا لفظ القدوري (وهذا عندهما) اي جواز حل الزوج بعد اللعان والتكذيب والحد عند أبي حنيفة ومحمد (لأنه لما حد لم يبق أهل اللعان ، فارتفع بحكمه المنوط به) اي ارتفع اللعان بحكمه المتعلق به (وهو التحريم) كما ارتفع اللعان .

وكذلك إن قذف غيرها فحد به لما بينا، وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها. وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبياً ، فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه، وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان ، لأنه يتعلق بالصريح كحد

(وكذلك) اي يحل كذلك (إن قذف غيرها) اي غير امرأته بعد تفريق القاضي (فحد به) اي بسبب قذفه (لما بينا) يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان ، فارتفع بحكمه المنوط به (وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها) فإن قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما يرجمان ، فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت ، فبعد ذلك أن تبقى محلا للزوج . أجيب بأن معنى قوله – حدت – جلدت ، وتصور المسألة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ، ثم إنها زنت بعد اللعان ، فكان حدها الجلد دون الرجم ، لأنها ليست بمحصنة ، لأن من شرط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد .

(وإذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة) اي والحال أنها صغيرة (او مجنونة فلا لعان بينهما ، لأنه لا يحد قاذفها) اي قاذف الصغيرة والمجنونة (لو كان) اي القاذف (أجنبياً ، فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه) اي لقيام اللعان مقام حد القذف (وكذا) اللعان (إذا كان الزوج صغيراً او مجنوناً لعدم أهلية الشهادة) واللعان شهادة عندنا، وبه قال الشافعي . وفي المدونة يلاعن بقذف الصغيرة . وفي المغني لو قذفها وهي بنت تسع فعليه الحد وتطالبه إذا بلغت ، وبدون التسع يعزر . ولو قال لها زنيت وأنت صبية أو مجنونة ، وجنونها معهود فلا حد ولا لعان ، ولا يحمل قاذفاً في الحال ، لأن فعلها لا يوصف بالزنا ، بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية او منذ أربعين سنة وعمرها عشرون سنة ، حيث يعذر ، ذكره في الجوامع .

(وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان ، لأنه) اي لأن اللعان (يتعلق بالصريح كحد

القذف ، وفيه خلاف الشافعي « رح » ، وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرىء بهـــا وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان ، وهـــذا قول أبي حنيفة « رح » وزفر « رح » لأنه لا يتيقن بقيام الحمل ، فلم يصر قاذفاً . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، وهو معنى ما ذكر في الأصل ، لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده ، فيتحقق القذف .

القذف) فيندرىء بالشبهة ، ولأن شهادة حتى يشترط لفظ الشهادة (وفيـــه خلاف الشافعي) فإنه يقول يصح قذفه ولعانه ، لأن إشارة الأخرس كعبارة الناطق (وهذا) اي إشارة الأخرس (لأنه) اي كان قذف الأخرس (لا يعرى عن الشبهة) لأن فيـــه احتمالاً (والحـــدود تندرىء بها) اي تندفع بالشبهة ، وكذا إذا كانت المرأة خرساء لا يجري اللعان بينهما .

(وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان) اي ولا يجب اللعان ولا الحد (وهذا) اي عدم وجوب اللعان (قول أبي حنيفة وزفر) وبه قال أحمد وأبو ثور ، وهو قـــول الحسن البصري والشعبي والثوري وابن أبي ليلى (لأنه لا يتيقن بقيام الحمـــل) لعله يكون ريحاً (فلم يصر قاذفاً) فلا يكون موجباً للعان .

(وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستـــة أشهر) وبه قال مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة أولاً . وعن أبي يوسف يلاعن في الحال . وإنما قيد بقوله إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لأنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهـــر لا يجب اللعان ، لأنه لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف (وهو معنى ما ذكر في الأصل) اي قيده بمجيء الولد لأقل من ستة أشهر ما ذكره محمد رحمه الله تعالى في الأصل (لأنا تيقنـــا بقيام الحمل عنـــده) اي عند القذف (فيتحقق القذف) فهذا ونفيه بعـــد الولادة ســـواء ، ولهذا ثبـــت حكـــم الإرث والوصية إذا ولدت لأقـــل من ستة أشهـــر بتيقن وجوده .

قلنـــا إذا لم يكن قذفاً في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنـه قال إن كان بك حمـــل فليس مني ، والقـذف لا يصح تعليقه بالشرط . فإن قال لها زنيت ، وهذا الحبل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً ، ولم ينف القاضي الحمل. وقال الشافعي « رح » ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقـــد قذفها حاملاً. ولنا أن الأحكام لا تترتب عليـه إلا بعـــد الولادة لتمكن الإحتمال قبله ،

(قلنا إذا لم يكن قذفاً في الحال) هذا جواب من جهة أبي حنيفة ، يعني إذا لم يكـن قوله ليس حملك مني قذفاً في الحال بالإحتمال (يصير كالمعلق بالشرط ، كأنه قـال إن كان بك حمل فليس مني ، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط) قبـل وجود الشرط ، ولا حاجة إلى إبقاء حكمه إلى وجود الشرط لعدم الحاجة إلى إيجاب الحـد ، لأن الحدود يحتال إلى درئها لا إلى إثباتها ، بخلاف الإرث والوصية ، فإنهما يتوقفان إلى انفصال الولد ولا يتوقف القذف . وقيل إن هلال بن أمية قذف امرأته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله ﷺ بينهما . أجيب بأنا لا نسلم انه قذف امرأته بنفي الحمل ، نعم انه قذفها وهي حامل ، وذلك لا يدل على قذفها بنفي الحمل ، لأن الحديث قال إذا رأى أحدنا رجلا على امرأتـه فذلك يدل على انه كان قاذفاً بصريح الزنا لا بنفي الحمل .

(وإذا قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً ولم ينف القاضي الحمل . وقال الشافعي ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال ، وقد قذفها حاملا) وقد ذكرنا عن قريب حديث هلال بن أمية بتمامه .

(ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه) أي على الحمل ، يعني ان نفي الولد حكم من أحكامه والأحكام لا تترتب عليه (إلا بعد الولادة لتمكن الإحتمال قبله) أي قبل انفصـال الولد أو قبل حصول الولد. فإن قيل بل يترتب عليه قبل الولادة كالرد بالعيب والميراث والوصية

والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به ، وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت

به. وأجيب بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد ، فلا يقام مع الشبهة ، بخلاف الرد بالعيب ، لأنه يثبت مع الشبهة والإرث والوصية يتوقفان على انفصاله ، ولا ينفرد في الحال . وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا تثبت يراد به بعضها ونفي الولد منها ، لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة .

(والحديث) أي حديث هلال (محمول على انه) أي أن النبي ﷺ عرف قيام الحمل بطريق الوحي ، بدليل أن في الحديث إن جاءت به أصيهب ... الحديث إلى آخره ، كما ذكرناه . ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي . ومن أصحابنا من قال ان هلالاً قذفها نصاً ، فإنه قال وجدت شريك بن سمحاء على بطنها يزني بها ، ثم نفى الحمل بعد ذلك ، وعندنا لو قذفها نصاً لاعن ، كذا في المبسوط . قال ابن الجوزي ان أحمد أنكر لعان هلال بالحمل ، فقال إنما لاعن رسول الله ﷺ لما جاء وشهد بالزنا ولو كان اللعان بالحمل لكان الحمل منه منتفياً عن الزوج غير لاحق به اشتبه به أم لم يشتبه ، وهكذا نقل عن محمد بن جرير بن أبي صفرة . وفي شرح الكردي أجمع أصحابنا على أن النسب لا ينتفي ، وهو حمل للشك في وجوده . وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين أصحابنا .

(وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة) أي حين ولدته (أو في الحالة) أي أو نفاه في الحالة (التي تقبل التهنئة) على بناء المجهول برفع التهنئة ، قال الجوهري التهنئة خلاف التعزية ، وتقول هنأته بالولادة تهنئة تهنيئاً ، وكل أمر آت من غير تعب فهو هنيء ، ومنه كلوا هنيئاً مريئاً ، وأصله مهموز اللام (ويبتاع) على صيغة المجهول أي يشتري (آلة الولادة) مثل الشد والقماط والشيء الذي يفرش تحت الولد حين يوضع ، والأشياء التي يلف فيها الولد حين تضعه أمه (صح نفيه ، ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت

النسب ، هـــذا عند أبي حنيفـــة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » يصح نفيه في مدة النفاس ، لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ، ففصلنا بينهما بمدة النفـاس ، لأنه أثر الولادة . وله أنه لا معنى للتقدير ، لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة ، فاعتبرنا ما يدل عليه ، وهو قبوله التهنئة أوسكوته عند التهنئة أو ابتيـاعه متاع الولادة أو مضى ذلـك

النسب) وهو قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

اعلم أن اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد وإن طالت المدة ، لأنه قذف زوجته بنفي الولد عن نفسه ، لكن الولد هل ينتفي ، فان كان النفي بحضرة الولادة حين يولد أو بعد ذلك بيوم أو يومين أو نحو ذلك ينتفي . ولم يوقت أبو حنيفة في [1] بشيء غير هـــذا . وروى الحسن عنه انه يصح نفيه إلى سبعة أيام .

(وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس) وعند الشافعي متى أمكن نفيه بالمرافعة على الحاكم ، فلم ينفه لزمه نسبه ، وهو قول أبي عبيد وابي ثور وابن المنذر . وقال مجاهد وشريح يجوز للزوج نفيه متى شاء . وقـال الشعبي ومحمد وابن ابي ذئب وبعض أهل المدينة لا ينتفي بنفيه ، ولكن يجب به اللعان ، واحتجوا بقوله عليه السلام الولد للفراش (لأن النفي يصح في مدة قصيره ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنـــه اثر الولادة) أي لأن النفاس اثر الولادة . وفي المبسوط مدة النفاس كحالة الولادة ، بدليل انها لا تصوم ولا تصلي فيها .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه لا معنى للتقدير ، لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه) اي في التأمل (مختلفة ، فاعتبرنا ما يدل عليه) اي على عدم النفي (وهو قبوله التهنئة أو سكوته على التهنئة) لأنه دليل الرضى (او ابتياعه متاع الولادة أو مضي ذلك

---

(١) هنا في الأصل بياض وربما هو كلام ناقص . ا هـ مصححه .

الوقت وهو ممتنع عن النفي . ولو كان غائباً ولم يعلم بالولادة ، ثم قــدم تعتبر المدة التي ذكرناه على الأصلين قال وإذا ولدت ولدين في بطن واحــد فنفى الأول واعــترف بالثاني يثبت نسبهما ، لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد ، وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني . وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ، ولم يرجــع . والإقرار بالعفة سابق

الوقت وهو ممتنع) أي والحال أن الزوج ممتنع (عن النفي) بأن كان ساكتاً . وفي الشامل ابو حنيفة لم يوقت ، بل فوض إلى الإمام ، قال وحكي عنه انه اعتبر ثلاثة أيام ، وروي عن سبعة ايام ، لأن في هذه المدة يستعد للحقيقة ، وإنما تكون الحقيقة بعد سبعة أيام . وفي المبسوط هذا ضعيف، لأن نصب المقدار بالرأي لا يكون . وروى عن محمد إذا هنىء بولد الأمة فسكت لم يكن قبولاً ، بخلاف ولد المنكوحة .

(ولو كان) أي الزوج (غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة ذكرناهــا على الأصلين) اي أصل ابي حنيفة . وأصل أبي يوسف ومحمد فعلى أصل ابي حنيفــة يجعل كانها ولدتــه الآن ، فله النفي في مقدار ما يقبل النسبية ، وعلى اصلهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم ، لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم بــه ، فصارت حالة القدوم كحالة الولادة .

(قال) أي القدوري (وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما) هذا إذا ولدت لاقل من ستة اشهر (لأنهما) اي لأن الولدين (توأمان خلقا من مــاء واحد) التوأم يقال لكل واحد ، وهو الاسم لا يستحق كل واحد وحده ، وجمعه توائم ، وهو اسم جمع وليس بجمع حقيقة (وحد الزوج لأنه اكذب نفسه بدعوى الثاني ، ولو اعترف بالأول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا) اي كذب نفسه (ولاعن لأنــه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه) اي عن النفي (والإقرار بالعفة سابق) هذا جواب عما يقال ينبغي ان يحد لأنه اكذب نفسه بعد القذف ، لأن الإقرار الأول بثبوت

على القذف فصار كما إذا قال إنها عقيقة ، ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا .

النسب باق بعد نفي الثاني ، فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار ، ولو وجد الإقرار بعد النفي يثبت الإكذاب ، فيجب الحد ، فكذا هذا .

فأجاب بقوله – والإقرار بالعفة سابق (على القذف) حقيقة ، والإعتبار بالحقيقة (فصار كما إذا قال هي عفيفة ، ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن) أي واجب (فكذا هذا) اي فكذا حكم هذا كحكم ذلك . وفي المحيط والمبسوط فلو نفاهما ثم مات أحدهما او قتل لزمـاه . وفي مختصر الكرخي لا يجب اللعان عند ابي يوسف ويجب عند محمد . ولو ولدت احدهما ميتاً فنفاهما لاعن بالإتفاق ، ولزمه الولدان . ولو ولدت ولداً فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزماه . وفي النوادر عن ابي حنيفة رواه الحسن عنه ان امرأة جاءت بثلاثة اولاد في بطن فنفى الثاني وأقر بالأول والثالث يلاعن وهم بنوه . ولو نفى الأول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه . وفي المغني التوأمان يكون بينهـما اقل من اشر [1] ، ومثله عن مالك . وإذا ولدت فسكت لم يكن له نفيه بعد ذلك ، وهو قول الشافعي ، وقال ابن قدامة وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرؤيا لعيب ، يعني انه يبطل بالسكوت ، ونقله عنه غلط ، وذلك مذهب الناقل ويبطل مذهبه بالحمل ، فانـه لا يبطل بالسكوت .

ولو هنأ به فأمن على دعائه لزمه ، كذا إن قال احسن جزاك او بارك الله فيك ، او رزقك الله مثله لزمه الولد ، وكذا عندنا وعند الشافعي لا يلزمه . وكل موضع لزمه الولد لا يكون له نفيه بعد ذلك عند الائمة الأربعة واصحابهم . ولو قال ليس هذا الولد مني أو ليس ولدي ، ولم يذكر زناها خلا حد ولا لعان . وكذا لو قال أكرهت على الزنا لا حد ولا لعان . وفي المحيط او نفى ولد زوجته وهما في اللعان لا ينتفي ، وإن كانت كتابية أو أم ولد ثم اعتقت او اسلمت ثم وضعت لا يصح نفيـه . ولو ولدت بعد اللعان إلى سنتين لزمه الولد ، وإن لم يكن عليها عدة يلزمه ما بينه وبين ستة أشهر ، لأنه مطلق حكماً .

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما قصد بها – أقل من شهر – ا هـ مصححه .

ولو لاعنها بولد ثم ولدت إلى سنتين لزمه ، لأنها معتدة ويقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلاثة ، وفيه خلاف الأئمة الثلاثة . ولو قذفها ثم شهد مع الثلاثة بالزنا لا تقبل ، لأنه سقط عنه اللعان الواجب عليه . ولو شهد ثلاثة غير عدول خلا حد ، ولا لعان ولا على المشهور . ولو قذف امرأة رجل بالزنا فقال الزوج صدقت لم يكن على الزوج المصدق حد ولا لعان إلا أن يقول صدقت هي كما قلت ، فيكون قاذفاً ، ولو عين الذي رماها بـــه وطلب الرجل حد القذف يحد له عندنـــا . وقال الشافعي ومالك لا يحد . وفي الروضة زنت قبل تفريق القاضي بعد التلاعن يسقط اللعان عند ابي حنيفـــة ، وحل له وطؤها .

ولو اقام الرجل البينة على صدقة سقط عنه اللعان وحدت ، وهو قول الظاهريـــة . وقال مالك يلاعن . وقال الشافعي يلاعن إن كان معها ولد وإلا لا ، ولا لعان في البائن لا في العدة ولا في غيرها عندنا ويحد ، وبـــه قال الشافعي وأحمد ومالك والثوري وأهل الحجاز وأهل العراق وبعد اللعان يجب لها نصف الصداق عندنا ، وبه قال مالك وسعيد ابن جبير وقتادة والحسن وقال حماد بن أبي سليمان شيخ ابي حنيفة يجب لها المهر الكامل. وقال الزهري لا صداق لها . وقلنا التفريق بينهما طلاق قبل الدخول، فيجب نصف المهر .

فروع أخرى . في المبسوط لو مات ولد الملاعنـــة عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويضرب الحد . وإن ترك ابناً وبنتاً يثبت نسبه من الاب وورثـه الأب . ولو كان الولد الميت فشاركها ولد فأكذب نفسه يثبت عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما . وقيل الخلاف على العكس . وفي جوامع الفقه مات الشاهدان او غابا بعدما [1] لا يقضي باللعان . وفي المال يقضي بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما ، والوطء الحرام بشبهة أو نكاح فاسد يسقط إحصانها ، خلافاً لأبي يوسف ، ثم رجع وقـال هو ملحق بالوطء الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة ، ولا لعان في النكاح الفاسد ولا في الوطء بشبهة

---

(١) هنا كلمة مكشوطة . ا هـ مصححه .

عندنا . وقال الشافعي وأحمد يجب اللعان فيها إذا كان ينفي الولد . وعند أبي يوسف فيه الحد واللعان لإلحاقها بالنكاح الصحيح .

ولو قذفها ثم طلقها ثلاثاً سقط اللعان ولا يجب الحد ، وكذا لو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لو أقر به بعد الاستبراء يلزمه.وأجمعوا أنه لا لعان في النكاح الفاسد بغير ولد . ولو تلاعنا لا يثبت التحريم المؤبد في وجه عند الحنابلة وقذف المبانة وأضافها إلى حال قيام النكاح ، وبينهما ولد يريد نفيه يلاعن ولا حد ولا لعان عند الشافعي ومالك . وعندنا يحد ولا لعان ، وهو قول عطاء ويروى عن الحسن وعثمان البتي ، وهو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه .

ولو قذف مطلقته الرجعية يلاعن ، وبه قال النخعي والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد والظاهرية ، وهو قول ابن عمر وجابر بن زيد.وقال ابن عباس ولا لعان . وفي جوامع الفقه قال قذفتك بعد أن أتزوجك او زنيت قبل أن أتزوجك فهو قاذف في الحال يلاعن . وقال الشافعي ومالك ويحد . ولو قذفهاثم زنت أو وطئت حراماً لا حد ولا لعان عندنا ، وبه قال الشافعي . ولو فرق القاضي بعد إلتعانها ثلاثاً خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ، وبقية الائمة لا ينفذ . ولو بدأ بلعان المرأة فقد أخطأ ولا يجب إعادته ، وبه قال مالك . وقال الشافعي وأحمد يجب إعادته ويسقط اللعان بردتها ، ولو اسلمت بعدها لا يعود . وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يتلاعنا حتى قذفها اجنبي بالولد ، فحد الاجنبي يثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك ، لان حد قاذفها حكم بكذبه .



باب العنين وغيره

وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة ،

(باب العنين وغيره)

اي هذا باب في بيان أحكام العنين. ولما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق شرع في بيان أحكام من به مرض له تعلق بالنكاح والطلاق ، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء والعنين من لا يقدر على اتيان النساء من عن إذا حبس في العنة ، وهي حظيرة الإبل ، او من عن إذا عرض لأنه يعن يميناً وشمالاً ولا يقصد . وقيل سمي العنين عنيناً لأن ذكره يسترخي ، فيعن يميناً وشمالاً ولا يقصد للمأتي من المرأة ، وجمع العنين عنين . وفي البصائر يقال فلان عنين بين العنين ، ولا يقال بين العنة . وكذا في المغرب وغيره . وفي قاضي خان والمرغيناني العنين من لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة ، ولو كان يصل إلى الثيب دون البكر او إلى بعض النساء دون البعض ، وذلك لمرض به ، او لضعف في خلقته او لكبر سنه او سحر فهو عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها ، هكذا ذكره الاسبيجابي وقال السحر له حقيقة وتأثير عند أهل السنة .

وعند الهندواني يؤتى بطشت فيه ماء بارد فيجلس العنين فيه إن كان عضوه يؤول إلى النقصان ويتردى علم أنه لا عن فيه ، وإن كان لا يؤول ولا ينزوي علم أنه عنين . وفي المغنى العنين العاجز عن الإيلاج مأخوذ من عن ، اي إذا اعترض . وفي المحيط آلة قصيرة لا يمكنه إدخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق . وفي الجواهر العنين من لا ينتشر ذكره ، وهو كالاصبع في البدن لا ينقبض ولا ينبسط . قوله وقوله كالمجبوب والمقطوع أكثر ذكره والخصي .

(وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة) اي بعد طلبها ، وابتداء التأجيل من وقت الخصومة يؤجل سنة ، وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه ، والشافعي

فإن وصل إليها فيها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك ، هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم . ولأن الحق ثابت لها في الوطء ، ويحتمل أن يكون الإمتناع لعلة معترضة

وأصحابه ، ومالك وأصحابه ، وأحمد وأصحابه ، وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وسعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار وقتادة وابراهيم النخعي وسفيان وعبد الرحمن الأوزاعي وإسحاق لا يؤجل ستة أشهر في العبد . وعنه وروي عن علي رضي الله تعالى عنه وعن مالك يؤجل ستة أشهر في العبد . وعنه وعن ابن المسيب لو كانت حديثة العهد يؤجل خمسة أشهر . وعند عبد الله بن نوفل يؤجل عشرة أشهر .

(فإن وصل إليها) فلا كلام (وإلا) اي وإن لم يصل إليها (فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك) اي التفريق ، لأن الحق لها (وهكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم) اما الرواية عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب في العنين أن يؤجل سنة . قال معمر وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصمه . وروى محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة حدثنا اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فقالت إن زوجها لا يصل إليها ، فأجله حولاً ، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ، ففرق عمر رضي الله تعالى عنه بينهما ، وجعلها تطليقة بائنة .

وأما الرواية عن علي رضي الله تعالى عنه فأخرجها ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد الأحمر عن محمد بن اسحاق عن خالد بن كثير عن الضحاك عن علي يؤجل العنين سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما . وأما الرواية عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فأخرجها ابن أبي شيبة أيضاً حدثنا وكيع عن سفيان عن الركو بن الربيع بن عميلة عن أبيه عن حصين بن قبيصة عن عبد الله بن مسعود قال يؤجل العنين سنة ، فإن جامع وإلا فرق بينهما .

(ولأن الحق ثابت لها في الوطء ، ويحتمل أن يكون الإمتناع لعلة معترضة) من .

ويحتمل لآفة أصلية ، فلا بد من مدة معرفة لذلك ، وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة . فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ، ففات الإمساك بالمعروف ، ووجب عليه التسريح بالإحسان . فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ، ولا بد من طلبها ، لأن التفريق حقها ،

رطوبة او برودة فيداوى بما يضاده ، او من يبوسة[1] فكذلك (ويحتمل لآفة الأصلية) يعني في أصل الخلقة (فلا بد من معرفة ذلك) يعني إن الآفة أصلية او معترضة (وقدرناها) اي قدرنا مدة التأجيل (بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة) اي لاشتمال السنة على أربعة فصول ، الربيع وهو ما إذا كانت الشمس في الحمل والثور والجوزاء ، وهو حار رطب على طبيعة الهواء . والثاني الصيف ، وهو ما إذا كانت الشمس في السرطان والأسد والسنبلة ، وهو حار يابس على طبيعة النار . والثالث الخريف ، وهو ما إذا كانت الشمس في الميزان والعقرب والقوس ، وهو بارد يابس مثل طبيعة الأرض . والرابع الشتاء ، وهو ما إذا كانت الشمس في الجدي والدلو والحوت ، وهو بارد رطب على طبيعة الماء .

(فإذا مضت) اي السنة (ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ، ففات الإمساك بالمعروف ، ووجب التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع) من المفارقة (ناب القاضي منابه ، ففرق بينهما) دفعاً للظلم ، لأن القاضي هو انتصب لدفع الظلم (ولا بد من طلبها ، لأن التفريق حقها) فإذا اختارت نفسها بعد مضي المدة فهل تقع الفرقة من غير تفريق الحاكم ، أم يحتاج إلى التفريق ، فيه اختلاف الرواية عن أصحابنا فقال صاحب المختلف فإن اختارت نفسها بانت منه في ظاهر الرواية ، ثم قال روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا اختارت نفسها فرق القاضي بينهما ولا تقع الفرقة من غير تفريق ، كذا ذكر الإمام

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل .

وتلك الفرقة تطليقة بائنة ، لأن فعل القاضي أضيف إلى فعل الزوج ، فكأنه طلقها بنفسه . وقال الشافعي « رح » هو فسخ ، لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا ، وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو رفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة

الاسبيجابي أيضاً في شرح الطحاوي . وقال التمرتاشي لو سأل الزوج القاضي بعد السنة أن يؤجل سنة أخرى او شهراً او أكثر لا يفعل ذلك إلا برضاها ، فإذا رضيت ثم رجعت فلها ذلك ، ويبطل الأجل . ولو وجدته عنيناً ولم يخاصم زماناً لم يبطل حقها ، لأن ذلك قد يكون للتجربة والإمتحان لا للرضى .

(وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وبه قال مالك والثوري وقال الشافعي وأحمد فسخ لأنه فرقة من جهتها ، والقياس على الجب ، قاله الماوردي من أصحابه . ولنا الفرقة من جهته (لأن فعل القاضي أضيف إليه) اي إلى الزوج لامتناعه عن الإمساك بالمعروف ، والفرقة بالطلاق مشروعة بكتاب الله تعالى او الإجماع ، والفسخ مختلف فيه ، فالحمل بالجمع أولى ولا يستقيم قياسه على الجب ، لأن الجب كالعنة ، فيكون قياس المختلف على المختلف (فكأنه طلقها بنفسه) اي فكأن الزوج طلقها بنفسه لإضافة فعل القاضي اليه .

(وقال الشافعي هو فسخ) اي تفريق القاضي بينهما فسح للنكاح (ولكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعني بعد تمام العقد ، أما قبل تمام العقد فيقبل ذلك كما في خيار البلوغ وخيار العتاقة ، لأن ذلك امتناع من تمام العقد (وإنما يقع) اي الفرقة (بائنة ، لأن المقصود وهو رفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها) اي بالبائنة (لأنها) اي لأن الفرقة (لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة . أما الأول فلفوات المقصود ، وهو الوطء . وأما الثاني فلأنها تحت زوج فلا يحصل حينئذ دفع الظلم ، وهو المقصود من فرقة العنين .

ولها كمال مهرها إن كان خلا بها ، فإن خلوة العنين صحيحة وتجب العدة. بينا من قبل ، هذا إذا أقر الزوج انه لم يصل إليها ، ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ينكر إستحقاق حق الفرقة ، والأصـــل هو السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه ، وإن قلن ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لا حق لها ، . وإن نكل يؤجل سنة ،

(ولها كمال مهرها إن خلا بها ، فإن خلوة العنين صحيحة) قيد به لأنه لو لم يكن خلا بها يلزم نصف المهر . وقال الشافعي لا يجب شيء من المهر ولا النفقة لانه فسخ عنـــده (وتجب العدة) بالإجماع (لما بينا من قبل) يعني في باب المهر (هذا) اي تأجيل العنين سنـــة ، والتفريق بعد السنة (إذا أقر الزوج انه لم يصل إليها) يعني كان مقراً بهـا في الاول .

(ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها) فقال الزوج وصلت وقالـت المرأة لم يصل إلي (وإن كانت) اي المرأة (ثيباً فالقول قوله مع يمينه ، لانه ينكـر استحقاق حق الفرقة ، والاصل هو السلامة في الجبلة) اي سلامة الآلة في أصل الخلقة . وقال زفر وابن أبي ليلى القول قولها (ثم إن حلف بطل حقها) فلا يبقى لها خيار (وإن نكل) عن اليمين (يؤجل سنة . وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر أجـل سنة لظهور كذبـــه وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لا حق لها ، وإن نكل يؤجل سنة) بعد ذلك والواحدة في النظر تكفي ، والاثنتان أحوط . وفي البدائع أوثق . وفي الاسبيجابي أفضل . ثم كيف يعرف أنها بكر او لا . قالوا تدفع في فرجهـا أصغر بيضة من بيضة الدجاج ، فإن دخلت بلا عنف فهي ثيب وإلا فبكر . وقيـل إن

وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت ، لأنه لا فائدة في التأجيل ، والخصي يؤجل كما يؤجل العنين ، لأن وطؤه مرجو ، وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر خيرت،لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد ، وهي البكارة . وإن قلن هي ثيب حلف الزوج ، فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول .

أمكن بها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب . وفي شرح الطحاوي إذا وقع الشك للنساء في أمرها يفعل ذلك . وعن أحمد في الثيب يقال له أخرج المني ، فإن أخرجه وقالت ليس بمني يمتحن بالنار ، فان تصادقا على أنه مني يخرج به عن العنة ، لان الغالب عدم خروج مني العنين .

(وإن كان مجبوباً) اي وإن كان الزوج مجبوباً وهو الذي استؤصل ذكره وخصيتاه من الجب وهو القطع (فرق بينها في الحال إن طلبت المرأة ، لانه لا فائدة في التأجيل) لانه لا يرجى منه الوصول (والخصي) من خصيت الفحل خصاء ممدوداً إذا سللت خصيتيه ، والجمع خصيتان وخصيته (يؤجل كما يؤجل العنين ، لان وطؤه مرجو) فان حكمه حكم العنين .

(ولو أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر خيرت) اى يخيرها القاضي بدون يمينها ، فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما ، هكذا ذكر محمد في الأصل . وفي المنتقى لو اختارت نفسها بانت منه ، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى قضاء القاضي لوقوع الفرقة (لأن شهادتهن) اى شهادة النساء (تأيدت) اي تقوت (بمؤيد) على وزن اسم الفاعل (وهي البكارة) اى المؤيدة لشهادتين هي البكارة ، إذ البكارة هي الأصل (وإن قلن هي ثيب حلف الزوج ، فإن نكل) اى عن اليمين (خيرت لتأيدها بالنكول) اى لتأييد دعوى المرأة بنكول الزوج . فإن اختارت الزوج او قامت من مجلسها او أقامها أعوان القاضي ، او

وإن حلف لا تخير . وإن كانت ثيبة في الأصل فالقول قوله مع يمينه ، وقد ذكرناه، فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها ، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها ، لأن

أقام القاضي قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها ، لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته ،وذلك موقت بالمجلس ، فهذا مثله . فإن اختارت نفسها في المجلس يؤمر الزوج بالتفريق ، فان أبى فرق القاضي (وإن حلف لا تخير) لبطلان حقها .

(وإن كانت ثيباً في الأصل فالقول قوله مع يمينه ، وقد ذكرناه فيما مضى) وهو قوله فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة ، والأصل هو السلامة في الجبلة (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك الخيار ، لأنها رضيت ببطلان حقها . وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح) أطلق محمد في الاصل ، ولم يقيد بالقمرية ولا بالشمسية . قال في شرح الطحاوى ويعتبر سنة قمرية بالأهلة في ظاهر الرواية. وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه يعتبر سنة شمسية ، وهي تزيد على القمرية بأيام. وذهب السرخسي في شرح الكافي إلى رواية الحسن أخذاً بالإحتياط . وقال الولوالجي في فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية ، وهو الصحيح ، لان المنطوق هو السنة ، والسنة تنصرف إلى القمرية مطلقاً ، وهي أقل من الشمسية باحدى عشر يوماً . وذكر الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم . والقمرية ثلاثمائة يوم وأربعاً وخمسون يوماً .

(ويحتسب) اى المدة (بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ، وذلك لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم قدروا مدة التأجيل سنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها (لوجود ذلك في السنة)أي لوجود ما ذكر من أيام الحيض وشهر رمضان في السنة (ولا يحتسب بمرضه ومرضها) أي لا تحتسب المدة بسبب مرضه ومرضها (لأن

السنة قد تخلو عنه . إذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج .

وقال الشافعي « ر ح » يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام و البرص والجنون والرتق

السنة لا تخلو عنه) أي المرض ، يعني لا يكون زمان المرض محسوباً في مدة التأجيل قليلا كان امرض أو كثيراً ، بل يعوض ذلك من أيام أخر ،وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كان أكثر لم يحتسب عليه .

وفي البدائع روى ابن سماعة عن أبي يوسف إن صح في السنة يوماً أو يومين احتسب عليه . وفي رواية عنه ان ما فوق الشهر كثير لا يحتسب . وفي رواية عنه أن مدة الكثرة السنة . وفي رواية عنه أكثر السنة . وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه ، وعليه الفتوى . وعن أبي يوسف لو حجت أو هربت أو غابت لا يحتسب على الزوج ،لأنه من جهتها . ولو حج هو أو غاب احتسب عليه . ولو حبس وامتنعت من المجيء إلى السجن لم يحتسب عليه مدة الحبس ، وكذا لو حبسه القاضي بمهرها ، ولم يحضرها . وإن لم تمتنع ، وكان في السجن موضع خلوة احتسب عليه ، وإن لم يكن وطئها فيه لم تحتسب قال محمد إن كان محرماً يؤجل بعد إحرامه . ولو رافعته وهو مظاهر فتعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادراً على الإعتاق . وإن كان عاجزاً عنه أمهله شهرين لعدم القدرة على الجماع فيها. ولو ظاهر بعد التأجيل لا يلتفت إليه ولم يزد على المدة .

(وإذا كان بالزوجة عيب) أي عيب كان (فلا خيار للزوج) وبه قال عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبو قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري وأبو سليمان الخطابي وداود الظاهري . وفي المبسوط وهو مذهب علي وابن مسعود (وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة ،وهي الجذام) وهو علة ردية تحدث من انتشار المرة السوداء (والبرص) وهو بياض يظهر في البدن ، ويكون في بعض الأعضاء دون بعض وربما يكون في سائر الأعضاء ، حتى يكون ظاهر البدن كله أبيض ، وسببه سوء مزاج العضو إلى البرودة وغلبة البلغم (والجنون) وهو زوال العقل (والرتق) وهو مصدر من قولك

والقرن ، لانها تمنـــع الاستيفاء حساً وطبعاً ، والطبع مؤيد بالشرع ، قال عليـه السلام فر من المجـذوم فرارك من الاسد .

امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها بأن لا يكون لها نقب سوى المبال (والقرن) بسكون الراء ، وهو مانع يمنع من سلوك الذكر في الفرج من عظم أو غيره .

(لأنهـا) أي لأن هذه العيوب (تمنع الاستيفاء حساً) أي من حيث الحس في القرن والرتق(أوطبعاً)أيأو من حيث الطبع في الجذام والبرص والجنون ، لأن الطباع السليمة تنفر من جماع هؤلاء ، وربما يسري إلى الأولاد (والطبع مؤيد بالشرع) أي يمنع الاستيفاء من حيث الطبع ، وقد تأيد بالشرع حيث ورد فيه الامتناع منه ، أشار إليه بقوله (قال ﷺ فر من المجذوم فرارك من الأسد) هذا الحديث أخرجه البخاري تعليقاً عن سعيد ابن مسا(١) عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم فرارك من الأسد أو من الأسد.وقال الكاكي ناقلاً عن ابن حزم هذا الحديث غير صحيح لأنه لا يجب على أحد أن يفر من المجذوم ، ويجوز الجلوس عنده ، ويثاب على تمريضه وخدمته والقيام بمصالحـه ، ولهذا لو حدث ذلك بعد سنين لا ينفسخ النكاح .

فإن قلت استدل الشافعي أيضاً بأن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني بياضـــة فوجد بكشحهابياضاًفردها، وقال ولستم على . قلت أجاب الأترازي عن هذا بأن المراد من رد النبي ﷺ هو الرد بالطلاق ، وقال الكاكي هو رواية جميل بن زيدعن زيد بن كعب بن عجرة وهو متروك ، وزيد مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد .

فإن قيل روي عن عمر رضي الله تعالى عنـه الرد بالجنون والجذام والبرص . قـــال الكاكي هذه رواية مكذوبة من طريق عبد الله بنحبيب ، وهو هالك . وقال الاترازي معناه الرد بالطلاق .

---

(١) هكذا في الأصل – سعيد بن مسا – اهـ مصححه .

ولنا أن فوت الإستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ ، فاختلاله بهذه العيوب أولى . وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن ، وهو حاصل

(ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ ، واختلاله بهذه العيوب أولى) أي فوت الاستيفاء بالكلية بموت أحد الزوجين لا يوجب الفسخ ، حتى لا يسقط شيء من المهر . قوله – فاختلاله – أي فاختلال الإستيفاء بهذه العيوب المذكورة أولى أن لايوجب الفسخ ، لأن الاستيفاء ها هنا يتأتى ، ومقصود النسل يحصل غير انه يوجب نفرة طبيعية ، وذا لا يوجب الرد كالبخر والقروح الفاحشة ، قيل فيما قاله المصنف ضعف ، لأن النكاح يتوقف بحياتهما .

(وهذا) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (لأن الاستيفاء) أي الوطء (من الثمرات) أي ثمرات النكاح وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح . ألا ترى انـــه لو لم يستوف لبخر أو دفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ فيها (والمستحق التمكن) أي المستحق بالعقد هو التمكن من الوطء (وهو) أي التمكن من الوطء (حاصل) في جميع الصور . وأما في الجذام والبرص والجنون فظاهر . وأمـــا في الرتق والقرن فبالفتق والشق ، ولا يرد الفسخ لعدم الكفارة وخيار البلوغ ، لأن ذلك فسخ قبل تمـــام العقد ، وذلك امتناع من تمام العقد ، وكذلك الفسخ بخيار المتاقة ، لان ذلك امتناع من ازدياد الملك عليها قبل التمام والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه . ألا ترى أنـــه لا يحتمل الفسخ بالإقالة ، فلا يفسخ بهذه العيوب ، كما لا يفسخ بالعيوب الأخر من الزمانة والجرب والبخر والدفر والعمى والشلل .

قال ابن حزم في المحلى أما المالكيون والشافعيون فقد خصوا الرد بالعيوب المذكورة ، فبطل قياسهم بالبيع ، فكيف يشبه بالنكاح البيع والبيع خلافه ، فإنـــه نقل ملك الرقبة ولا نقل في النكاح ، والنكاح يصح من غير ذكر بدل ، والبيع لا يصح ، وقالوا لا تطيب النفس بجماع برصاء ولا بجذومة ، ولا يقدر على جماع الرتقاء والقرناء ، وإنمـــا يزوجها للوطء . قلنا طيب النفس على الجماع ليس بشرط ، فإن نكاح العجوزة الشوهاء الصماء البكماء العمياء عمرها مائـــة سنة أو مريضة بالدق والسل لا براء منه عند الاطباء

وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لها الخيار دفعاً للضرر عنها كما في الجب والعنة ، بخلاف جانبه ، لأنه يتمكن من دفع الضرر بالطلاق . ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح ، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا ، والله أعلم بالصواب .

يجوز ، وهذا مما لا شك فيه من العقلاء لما أمر الله تعالى بـــه وهو الإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان ، ولم يأت ظن صحيح فيما لا يتوقف عنده .

(وإذا كان بالزوج برص أو جنون أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد لها الخيار) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد (دفعاً للضرر عنها ، كما في الجب والعنة) أي كما كان لها الخيار في الجب والعنة ، فتخير دفعاً للضرر عنها ، حيث لا طريق لها سواه (بخلاف جانبه) أي جانب الزوج (لانه لا يتمكن من دفع الضرر بالطلاق) لان بالطلاق يندفع الضرر عنه .

(ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج) برفع النكاح (وإنما يثبت الخيار في الجب والعنة لأنهما بخلاف المقصود المشروع له النكاح) أي المقصود الذي شرع النكاح لاجـــله ، وذلك المقصود هو الوطء لا شرعية النكاح لاجل الوطء (وهذه العيوب غير مخلة به) أي بالوطء (فافترقـــا) اي افترق المقيس وهو الجنون والجذام والبرص والمقيس عليه وهو الجب والعنة .

فإن قيل جعل المصنف الوطء فـيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ، ولم يثبت له خيار الفسخ. وفي مسألة الجب والعنة جعل المقصود المشروع له النكاح، ويلزم من ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح ، وأن لا يكون ذلك باعتبـــار الموضعين ، وهو تحكم . أجيب بـأن هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراده ، وإنما المراد به التمكن ، وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة والله أعلم .

باب العـــدة

(باب العدة)

أي هذا باب في بيان احكام العدة ، ولما كان أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبهابذكر وجوه التفريق في بـــاب على حدة ، لان الاثر يعقب المؤثر . والعدة في اللغة أيام أقراء المرأة . وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكداً بالدخول أو الخلوة أو الموت . وقيل هي عبارة عن تربص المرأة بعد زوال النكاح او شبهة ، ويقال عددت الشيء أعـــده ، أي أحصيته ، قال الله تعالى ﴿ وأحصوا العدة ﴾ ١ الطلاق . والعدة بالضم الاستعداد والتهيؤ للأمر . والعدة أيضاً ما أعددته لحوادث الدهرمنالمالوالصلاح. والعدة بالفتح اسم للمرأة من العدد . في المنافع العدة بمعنى المعدود ، وسمي زمانالتربص بها لانها تعد الايام المضروبة عليها في الشرع .

وسبب العدة نكاح متأكد بالدخول أو بالموت . وركنها حرمات ثابتـة إلى أجل وهي تكون بشهور وحيض ووضع حمل . وشرطه الفرقة بطلاق وغيره . وحكمها عدم جواز الغير واختها وأربع سواها ، وما يجري مجراها . ومحظوراتها كالزينة والتطيب في المبانة والخروج عن البيت عموماً .

والعدة على أربعة عشر وجهـــا ، عدة بثلاثة قروء ، وهي عدة الحرة المطلقة ذات الحيض . وعدة بثلاثة أشهر وهي عدة الحرة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت أو كبيرة. وعدة بأربعة أشهر وعشرةأيام،وهي عدة المتوفى عنها زوجها.وعدة بشهرين وخمسة أيام، وهي عدة الامة المتوفى عنها زوجهـا . وعدة بثلاث حيض وأربعة أشهر وعشرة أيام ، وهي تتصور في أربع مواضع ، فيمن طلق زوجته الحرة طلاقاً بائناً ، وهو مريض ثم مات في عدتها ترث عنه ، أو كانت له امرأتان أو ثلاث أو أربع ، فقال إحداكنطالق، فمات قبل البيان يجب على كل واحدة منهن أربعة أشهر وعشراً ، فيستكملفيهـــا ثلاث

حيض . وأم ولد لرجل هي منكوحة لا خبر فمات المولى والزوج ، وبين موتهما شهران وخمسة أيام ولا يعلم أيها مات أولاً فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام فتستكمل فيها ثلاث حيض .

وإن لم يعلم أن بين موتها كم كان ولا من مات أولاً فعدتها أربعة أشهر وعشر أتستكمل فيها ثلاث حيض عند أبي يوسف ومحمد . وعند ابي حنيفة عدتها أربعة اشهر وعشراً لا حيض فيها . وكذلك إن علم أن بين موتها أقل من شهرين وخمسة أيام فعدتها أربعة أشهر وعشراً لا حيض فيها بلا خلاف . وإن مات المولى اولاً وهي تحت زوج او في عدة منه من طلاق رجعي ثم مات الزوج فتعتد بأربعة أشهر وعشرة ايام ، وإن كانت العدة من طلاق بائن لا تلزمها عدة الوفاة .

وعدة بوضع الحمل ، وهي عدة الطلاق والوفاة والعتاق بوضع الحمل إذا كانت حاملا ، فإن بقي الحمل إلى سنتين من يوم طلقها ثبت نسبه ، وتنقضى العدة بوضع الحمل . وإن جاءت بـه لاكثر من سنتين بيوم لا يثبت نسبه ، ويحكم بانقضاء العدة بعد ستة اشهر ، وتسترد نفقتها إن كانت قبضتها في قول ابى حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف تنقضى عدتها بوضع الحمل ، وإن لم يثبت نسبه . وعدة إلى ستين سنة ، وصورته ان ينقطع حيضها بعد الطلاق تصير إلى ان يصير سنها ستين ثم تعتد بثلاثة اشهر ، ثم تزوج . وكذلك لو اعتدت بقدرين ثم انقطع الحيض تصير إلى ان يصير سنها ستين سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر . وإن كانت عادة أمها واخواتها انقطاع الحيض قبل ستين سنة يؤخذ بعادتهن . وإن كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لا يؤخذ بذلك ، ويؤخذ بستين .

وعدة إلى شهرين وتسعة وعشرين يوماً وثلاث حيض بعدها ، وهى عدة صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة اشهر إلا يوماً ثم حاضت ما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضى عدتها .او كانت يائسة فاعتدت بثلاثة اشهر إلا يوماً ثم حاضت ، فما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضى عدتها . وعدة بجميع العمر ، وهى عدة امرأة المفقود مـا لم يمت اقران زوجها لا يرفع النكاح ، قال بعضهم إلى مائة سنة . وقال بعضهم إلى مائة وعشرين سنة . وعدة بثلاث

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً او رجعياً أو وقت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء، لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ٢٢٨ البقرة،

حيض إلا يوماً فمات الزوج يلزمها أربعة أشهر وعشراً . وعدة بقرأين إلا يومــاً وشهرين وخمسة أيام ، وصورته طلق الرجل امرأته الأمة رجعية فاعتدت بقرأين إلا يومان فمات زوجها يلزمها شهران وخمسة أيام .

وعدة بثلاث حيض في الحياة والوفاة ؛ وصورته رجل أعتق أم ولده أو مات عنها أو وطىء امرأته في نكاح فاسد أوشبهةعقد ففرق بينهما أو مات عنها تعتد عنه بثلاثة أقراء، فإن آيست أم ولد والموطوءة في نكاح فاسد أو شبهـــة عقد من صغير أو كبير فعدتهن بثلاثة أشهر في الوفاة والحياة جميعاً ، كذا ذكره أبو الليث في خزانة الفقه .

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً) قــال الكاكي لم يذكر في بعض النسخ ــ أو رجعياً ــ ولا بد من ذكره . وقال الاترازي لم يذكر قوله ــ أو رجعياً ــ في هذا الموضع في أكثر النسخ ، لأن الطلاق الرجعي مر حكمه ، ومقدار عدتـــه في باب الرجعة (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) وهي الفرقــة بخيار البلوغ والعتاقة وعدم الكفارة وملك أحد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفائت والردة (وهي حرة) أي والحال أن المرأة حرة كائنة (ممن تحيض فعدتها) مبتدأ ، وقوله (ثلاثة أقراء)خبره والجملة جواب قوله إذا ولم يذكر الدخول في الطلاق بناء على الأصل إذ الأصل في النكاح الدخول ، لأن العدة لا تجب على غير المدخول بالنص .

(لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ٢٢٨ البقرة) والمراد بهن المدخولات بهن من ذوات الحيض ، وهي خبر في معنى الأمر ، وأصل الكلام فليتربصن المطلقات . قــال المكنون لام الأمر محذوف ، فاستغنى عن ذكره ، وإخراج الأمر في صورة الخبر تأكيد الأمر ، وإشعاراً بأنه مما يجب أن يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله ، ونحوه قولهم في الدعاء يرحمك الله أخرج في صورة الخبر ثقة بالاستجابة ، كأنما وجدت الرحمة فهو مخبر عنهــا ، وبناؤه على المبتدأ يدل على زيادة التأكيد . ولو قيل يتربص المطلقات لم

والفرقة إذا كانت بغـــير طلاق فهي في معنى الطلاق ، لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفر قة الطارئة على النكاح ، وهذا يتحقق فيها ، والاقراء الحيض عندنا .

يكن ذلك التأكيد ، لأن الجملة الاسمية تدل على الدوام والثبات ، بخلاف الفعلية . وفي ذكر الأنفس تهييج لهن على التربص ، وزيادة النعت إذ أنفسهن طوامح إلى الرجـــال ، فأمرن أن يطعمن أنفسهن ، وبغلبتها على الطموح ويجبرنها على التربص ، وانتصب ثلاثة على الظرف ، أي يتربصن مدة ثلاثة قروء . وجاء المميز على جمع الكثرة دون القلة التي هي الأقراء لجواز استعمال أحد الجمعين مكان الآخر لاشتراكهما في الجمعية ، ولعل القرء أكثر من جمع قرء على الأقراء ، فأوثر عليه تنزيلاً لقليل الإستعمال منزلة المهمل .

(والفرقة إذا كانت بغير طلاق) قد مر عن قريب أن الفرقـة غير الطلاق (فهي في معنى الطلاق ، لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم) حتى لا يشتبـه النسب (في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا المعنى يتحقق فيها) أي في الفرقة بغير طلاق ، لكن هذا فيما إذا كانت المرأة مدخولة ، لان غير المدخولة لا عدة عليها ، سواء كانت الفرقـــة بطلاق أو بغير طلاق ، والخلوة جعلت كالدخول فاسدة كانت أو صحيحة في حق العدة احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل .

(والأقراء الحيض عندنا) وهو قول الخلفاء الأربعة والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيـد بن ثابت وأبي موسى الاشعري . وزاد أبو داود والنسائي معبد الجهني وعبد الله بن قيس رضي الله تعالى عنهم ، وهو قول طاووس وعطاء وابن المسيب وسعيد بن جبير والحسن بن حي وشريك بن عبد الله والقاضي والحسن البصري والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وأبي عبيدة وربيعة ومجاهد ومقاتل وقتادة والضحاك وعكرمة والسدي وإسحاق وأحمد وأصحاب الظاهر . وقال احمد كنت أقول الاطهار ثم وقفت بقول الاكابر . وقـــال أبو بكر الرازي وإليه انتهت رياسة الحنفية ببغداد بعد أبي الحسن الكرخي ان الشعبي روى عن ثلاثـة عشر من الصحابة أن الرجل أحق بامرأته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة .

وقال الشافعي الاطهار ، واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الاضداد . كذا قال ابن السكيت لا ينتظمهما جملة للاشتراك ، والحمـــل على الحيض أولى ، أمـــا عملاً بلفظ الجمع ، لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعاً ،

(وعند الشافعي الاطهار) اي عند الشافعي الاقراء هي الاطهار ، وبه قال مالك ، ويروى ذلك عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم .

وفائدة الخلاف فيما إذا طلقها في الطهر لا تنقضي عدتها ما لم تطهر من الحيضة الثالثـة عندنا ، وعنده تطهر كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثـــة ، يعني كما شرعت في الحيضة الثالثة .

(واللفظ) اي لفظ القروء (حقيقة فيهما) اي في الطهر والحيض (إذ هو) اي لفظ القرء (من الأضداد) جاء بمعنى الحيض والطهر جميعا (كـــذا قاله ابن السكيت) وغيره من أهل اللغة . وقال الجوهري هو من الأضداد كالجوف للظلمة والنور والصريم لليل والنهار (ولا ينتظمها) اي ولا يشمل المعنيين (جملة للإشتراك) لأنه لاعموم للمشترك بين الأضداد با لإجماع ، ولانه وقع الاختلاف في المراد من الآية في الصحابة ، وما حمله أحد عليها فحل محل الإجماع في أنه ينتظمها . وقال الاكمل ولا يبعد ان يكون غرض المصنف بكونه من الاضداد إشارة إلى نفي قول من قال انه مجاز في أحدهما ، لانه لا بد للمجاز من مناسبة ، وكونه من الاضداد ينفيها ، فلما كان الامر كذلك أشار بقوله :

(والحمل على الحيض أولى) لمعان كثيرة ، أحدها وهو قوله (أما عملاً بلفظ الجمع) يعني بالقرء المذكور في الآية جمع قروء ، بفتح القاف ، كذا قال الجوهري وجمعه أقراء وقروء . وكذا قال القيي بفتح القاف ، وروي بضم القاف أيضا ، قاله الزمخشري . ووجه العمل بلفظ الجمع ان أقل الجمع ثلاثة ، فلا يتحقق ذلك إلا إذا حملناه على الحيض لا على الطهر (لانه لو حمل على الاطهار ، والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا) بيانه ان اقل الجمع ثلاثة ، وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر ، لان السنة في الطلاق ان يوقع في

ولانه معرف لبراءة الرحم، وهو المقصود ، أو لقوله عليـــه السلام وعدة الامة حيضتان ، فيلحق بياناً به . وإن كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى ﴿ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ﴾ ... الآية ٤ الطلاق

الطهر ، ثم هو محتسب من الاقراء عند من يقول بالاطهار ، فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث لا لفظ الثلاثة . وقوله تعالى ﴿ ثلاثة قروء ﴾ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد ، وهو لا يحتمل النقصان .

فإن قلت الجمع يطلق على اثنتين وبعض الثالث ، كما في قوله عز وجل ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾ ١٩٧ البقرة ، والمراد شهران وبعض الثالث . قلت ذا بطريق المجاز ثبت على خلاف الاصل بالاجماع ، فلا يقاس عليه غيره ، مع ان ذلك إنما يستقيم في جمع غير مقرون بالعدد ، وهنا مقرون بالعدد ، وهو الثلاثة ، وهو لفظ خاص لعدد معلوم فلا يحتمل غيره .

وأشار إلى المعنى الثاني بقوله (أو لأنه) أي أو لأن الحيض (معرف لبراءة الرحم) إذ تعريف بقاء الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر ، لأن الحمل طهر ممتد ، فيجتمعان ، فلا يحصل التعريف بأنها حامل او حائل (وهو المقصود) .

وأشار إلى المعنى الثالث بقوله (أو لقوله عليه السلام)أي أو لقول النبي ﷺ (وعدة الأمة حيضتان) هذا الحديث قد مضى في كتاب الطلاق قبل باب ايقاع الطلاق بأربعة أسطر ، معنى الكلام فيه هناك . والحاصل أن المصنف استدل به على ان القرؤ اسم للحيض ، لأن الرق إنما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض (فيلحق) أي هذا الحديث (بياناً به) أي من حيث البيان ، بيانه أنه خبر الواحد ، وإن كان لا يصلح به الزيادة على كتاب الله تعالى يصلح بياناً لما فيه من الإجمال والإشتراك ، فكان قوله عليه السلام عدتهـــا حيضتان ، بياناً للمشترك في قوله تعالى ﴿ ثلاثة قروء ﴾ فكانت الحيضة هي المرادة .

(وإن كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) تقوم مقام ثلاث حيض في التي لا تحيض، وهذا بالإجماع (لقوله تعالى ﴿ واللائي يئسن من المحيض ﴾... الآية ٤ الطلاق)

وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية .

وهو قوله تعالى ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ﴾ لكن حذف للدلالة المذكورة قوله تعالى ﴿ إن ارتبتم ﴾ إن شككتم في دم البالغات مبلغ اليأس هو دم الحيض أو دم الاستحاضة ، فإذا كان عدة المرتاب لها هذه فغيرها أولى. وروى البخاري عن مجاهد قال إن لم يعلموا يحضن أم لا يحضن .

واختلفوا في حد الإياس ، ففي الفتاوى الصغرى حد الإياس غير مقدر بشيء . وفي رواية مقدر بأن رأت بعد ذلك دماً ، هل يكون حيضاً ، فعلى رواية عدم التقدير يكون حيضاً، وعلى رواية التقدير لا تكون حيضاً ، فعلى رواية التقدير اختلفت الروايات ،فقال محمد في الروميات خمس وخمسون سنة . وفي المولدات ستون سنة ، لأن الروميات أسرع تكسراً . وعن أبي حنيفة من خمس وخمسين إلى ستين . وقال محمد بن مقاتل والزعفراني خمسون ، وهكذا روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، وهكذا قال عبد الله بن المبارك وسفيان الثوري .

وقال الكاكي روي من عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت إذا بلغت المرأة خمسين سنة لا ترى قرة عين ، أي لا تلد ، وهي رواية الحسن ،وعليه الفتوى. وقيل يعتبر بتركيب بدنها فإنها تختلف بالسمن والهزال . وقيل لا تلد لستين الافرسية ، وقال الصفاء وسبعون سنة . فإذا رأت بعد ذلك دماً لا يكون حيضاً كالدم الذي تراه الصغيرة، وعلى رواية عدم التقدير لو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لاتبطل الأشهر ،وهو المختار عندنا،ذكره الأسبيجابي.

(وكذلك التي بلغت بالسن) أي وكذا بثلاثة أشهر عدة المرأة التي بلغت بالسن بخمس عشر سنة على قول أبي يوسف ومحمد ، وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة (ولم تحض) أي والحال أنها لم تحض (بآخر الاية) وهو قوله تعالى ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق ، لأنها داخلة فيه ، لأنها لم تحض بعد . قال في تتمة الفتاوى اختلف مشايخنا في وجوب العدة على الصغيرة ، لأنها غير مخاطبة ، لكن ينبغي أن يقال تعتد . وقال في مبسوط السرخسي قال علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ، ولكن المولى يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة عدتها ، مع ان العدة مجرد مضي المدة ، فبثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجه الخطاب عليها.

وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق ، وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ، ولأن الرق منصف ، والحيضة لا تتجزأ فكملت ، فصارت حيضتين ، وإليه أشار عمر رضي بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً

(وإن كانت حاملا) أي إن كانت المطلقة حاملا (فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾) ولا يعلم فيه خلاف ، وكذا لو كان حمل النكاح الفاسد أو بالوطء بالشبهة ، والحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان خلقه لم تنقض به العدة .

(وإن كانت أمة) أي وإن كانت المطلقة أمة (فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان) هذا الحديث قدمر في كتاب الطلاق في أواخر الفصل الذي فيه ، وقد مر الكلام فيه مستوفى (ولأن الرق منصف) بدليل قوله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء (والحيضة لا تتجزأ فكملت) أي الحيضة (فصارت حيضتين) لأن النصف متقدر ، لأن الدم تارة يدر ، وتارة ينقطع ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك وقرآن وهما طهران ، وكذا لو كانت مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد لإطلاق الحديث .

فإن قيل النص الوارد في المطلقات عام ، وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس ، ولهذا قال أبو بكر الأصم وابن سيرين والظاهرية عليها ثلاثة أشهر كعدة الحرائر . أجيب بأن هذا مشهور عمل به كبار الصحابة والتابعين ، وتلقته الأمة بالقبول ، فدخل في حد المشاهير .

(وإليه أشار عمر رضي الله تعالى عنه) أي إلى عدم تجزؤ الحيضة ، أشار عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بقوله (لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً) ولقوله عدة الأمة حيضتان . ولو استطعت لجعلتها ، أي لجعلت عدة الأمة حيضة ونصف حيضة ، ولكن جعلتها حيضتين

وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف ، لأنه متجزىء ، فأمكن تنصيفه عملاً بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، لقوله تعالى ﴿ ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ ٢٣٤ البقرة .

كاملتين ، لعدم الاستطاعة على تجزؤ الحيضة ، لأنها تختلف قلة وكثرة ووقتاً ، وأثر عمر رضي الله تعالى عنه هذا رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقيف ، قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يقول لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفاً فعلت ، فقال له رجل لو جعلتها شهراً ونصفاً فسكت عمر رضي الله تعالى عنه ، ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا سفيان بن عيينة بن عمرو بن دينار ، ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في كتاب المعرفة .

(وإن كانت) أي الأمة المطلقة (لا تحيض) من صغر أو كبر (فعدتها شهر ونصف ، لأنه) أي لأن الشهر (يتجزأ ، فأمكن تنصيفه) فنعتبر عدتها شهراً ونصفاً (عملا بالرق) أي من حيث العمل بمقتضى الرق لأنه منصف لذوات الأعداد كالجلدات في الحدود ، وكذا عدة المدبرة والمكاتبة والمستسعاة على قول أبي حنيفة ، وإن كانت ممن لا تحيض بشهر ونصف. وفي شرح الأقطع هذا أيضاً قول الشافعي. وفي قول آخر شهران. وفي قول آخر ثلاثة اشهر.

(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشراً) أي عدة الإمرأة الحرة التي مات عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض ، مسلمة كانت أو كتابية صغيرة كانت أو كبيرة ، مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، آيسة كانت أو غير آيسة ، وزوجها حر أو عبد (لقوله تعالى ﴿ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ ٢٣٤ البقرة) أول الاية ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون ﴾ أي يتركون ، أي يموتون عن أزواج . وذكر الازواج مطلقاً فدل على ان هذه العدة لا تجب إلا بنكاح صحيح ، لان الزوجية المطلقة لا تحصل إلا بعد صحة النكاح .

وعدة الأمة شهران وخمسة أيام ، لأن الرق منصف .

قال مالك يشترط معها حيض في الموطوءة مع ان الحامل تحيض عنده ، وخالفه أشهب. واختلف قول مالك في الكتابية على قول يستبرىء بحيضه إن كانت موطوءة . وإلا لا عدة عليها ، لانهـــا غير مخاطبة بشرائع الإسلام . وعلى قول تستبرىء بحيضه إن كانت موطوءة، وإلا لا عدة عليها لا في الطلاق ولا في الوفاة .

واختلف السلف في عدة المتوفى عنها زوجها في أربعة فصول . الاول : ان منهم من قال عليها عدتان ، الطولى وهي الحول ، والقصرى وهي أربعة أشهر وعشراً، فالحول عزيمة، والاقصر رخصة استدلالاً بقوله تعالى ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجـاً وصيه لازواجهم متاعاً الى الحول غير إخراج ﴾ فإن خرجن اي بعد أربعة أشهر وعشراً فلاجناح عليكم ، وفيه بيان ان العدة الكاملة هي الحول ، والاكتفاء بأربعة أشهر وعشراً رخصة لها ، وجواب عامة أهل العلم ان هذه الآية منسوخة ، وكان ذلك في الابتداء . ثم نسخ بقوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ .

وقال أبو بكر الرازي وقد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة ، لقوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ﴾ . . . الاية ، فحكم فيها بثلاثة أشياء أحدها إيجاب العدة سنة ، والاخر نفقتها في الحول في مال الزوج . والثالث : منع الخروج فنسخ منها باعدى الاربعة أشهر والعشر ونسخ منها وجوب نفقتها في مال الزوج بما جعل لها من الربع والثمن في ماله ، وهي منع الخروج في الاربعة أشهر والعشر .

الفصل الثاني : ان يعتبر عشر ليان وعشرة أيام عند الجمهور . وقال عبد الله بن عمرو ابن العاص عشر ليال وتسعة أيام، وبه قال الاوزاعي حتى يجوز لها أن تزوج في اليوم العاشر.

الفصل الثالث : إذا كانت حاملا فعدتها وضع الحمل عند الاكثر . وعن علي رضي الله تعالى عنه تعتد بأبعد الأجلين كما يجيء .

والفصل الرابع ان عدتها معتبرة من وقت الوفاة عند الاكثر وكان علي رضي الله تعالى عنه يقول من وقت العلم بالموت .

(وعدة الامة شهران وخمسة أيام ، لان الرق منصف) لان الشهور قابلة للتنصيف ،

وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق . وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهله أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة

فتنصف عدتها ، وعليه الائمة الاربعة والجمهور من السلف إلا ما نقل عن ابن سيرين والظاهرية . وقد ذكرناه ، وكذلك الحكم في المدبرة والمكاتبة وأم الولد المستسعاة على قول أبي حنيفة ، أما إذا مات مولى أم الولد فعدتها ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، على ما يجيء إن شاء الله .

(وإن كانت حاملاً) يعني وإن كانت المتوفى عنها زوجها حاملاً (فعدتها أن تضع حملها) سواء كانت حرة أو أمة أو أم الولد أو مطلقة أو بعد الفسخ من النكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة (لإطلاق قوله تعالى﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ٤ الطلاق وعليه فقهاء الأمصار واكثر السلف . وعن علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم في رواية تعتد المتوفى عنها زوجها بأبعد الأجلين ، تفسيره أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض ، حتى لو حاضت ثلاث حيض ولم يمض أربعة أشهر وعشراً لا تنقضي العدة حتى يتم الأربعة . ولو تمت الأربعة ولم تحض لا تنقضي حتى تحيض ثلاث حيض ، ذكره في فتاوى قاضي خان .

(وقال عبد الله بن مسعود من شاء بأهله أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة) أورد هذا عن ابن مسعود ، إشارة إلى قوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن ﴾ متأخر عن قوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن) فيكون ناسخاً في ذوات الأحمال قوله باهلته من المباهلة ، أي الملاعنة من البهل ، وهو اللعن ، يقال عليه بهلة الله بفتح الباء وضمها ، أي لعنة الله ، وتباهل القوم وابتهلوا إذا لاعنوا وكانوا يقولون إذا اختلفوا في شيء بهلت الله على الكاذب منا . قالوا هي مشروعة في زماننا أيضاً . وأراد بسورة النساء القصرى ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء ﴾ وهي بعد سورة التغابن . وأما سورة النساء

الطولى فهي بعد آل عمران ، وهي قوله تعالى ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ﴾ ... إلى آخر السورة . وأراد بالتي في سورة البقرة الآية التي فيها ، وهي قوله تعالى ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ يعني أن قوله تعالى ﴿ وأولات الاحمال ﴾ في سورة النساء القصرى ، وهي آخر الآيتين نزولاً ناسخة لقوله تعالى ﴿ أربعة أشهر وعشراً ﴾ في حق عدة الحامل وقاضية عليه .

وقال الاترازي وروى أصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود أنه قال من شاء باهلته إلى آخره . قلت هذا أخرجه البخاري في تفسير سورة الطلاق ، وفي أوائل البقرة عنه ، قال أيجعلون عليها التغليظ ولا يجعلون عليه الرخصة أنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ . وقال الاترازي أيضاً ،ورواية أصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود انه قال من شاء باهلته إلى آخره . قلت هذا أخرجه البخاري في تفسير سورة الطلاق ، وفي أوائل سورة البقرة وروي في السنن مسنداً إلى مسروق عن عبد الله بن مسعود قال من شاء لاعنته لا نزلت سورة النساء القصرى بعد أربعة أشهر وعشراً ، انتهى .

قلت هذا أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة ، وأخرجه البزار في مسنده عن علقمة عنه بلفظ من شاء . وخالفه أن ﴿ أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق ، نزلت بعد آية المتوفى ، فإذا وضعت المتوفى عنها حملها فقد حلت ، وقرأ ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ﴾ ... الآية ٢٣٤ البقرة ، وروى الترمذي مسنداً إلى إبراهيم عن الأسود عن أبي السنابل بن لعكك قال وضعت سبعة بعد وفاة زوجها بثلاث وعشرين ، أو خمسة وعشرين يوماً ، فلما فعلت تشوقت للنكاح ، فأنكر ذلك عليها ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال إن تفعل فقد حل أجلها ، قال أبو عيسى حديث أبو السنابل حديث مشهور ، والعمل على هذا الحديث عند اكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، وهو قول سفيان ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق. وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ تعتبر بأبعد الأجلين ، والأول أصح ، انتهى .

قال وعمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ، وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ثلاث حيض ، ومعناه إذا كان الطلاق

قلت اسم أبي السنابل عمرو . وقيل هو من المؤلفة قلوبهم ، وسبيعة مصغر سبعة ، اسمها الحارث الأسلمية ، واسم زوجها سعد بن خولة ، مات بمكة ، فولدت بعده بنصف شهر .

(وقال عمر رضى الله تعالى عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج) هذا رواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة المتوفى عنها زوجها وهي حامل ، فقال إذا وضعت حملها فقد حلت ، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وعبدالرزاق في مصنفه والسرير التخت ، المراد الذي يغسل عليه الميت .

(وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) أراد به امرأة الفار ، يعني المريض مرض الموت إذا طلق امرأته ثلاثاً أو [1] بانية ثم مات وهي في العدة ترث باتفاق أصحابنا . وفي العدة اختلاف بينهم ، أشار إليه بقوله (وهذا) أي كون عدتها أبعد الأجلين (عند أبي حنيفة ومحمد) وأراد بأبعد الأجلين ، أي الأجلين الذين هما ثلاث حيض وأربعة أشهر أيها كان أبعد فتأخذ هي بذلك احتياطاً ، حتى لو أبانها ثم مات تتم أربعة أشهر وعشرة أيام بعد الموت ، وما حاضت في هذه المدة إلا حيضة فعليها حيضتان أخريان .

(وقال أبو يوسف ثلاث حيض) يعني إذا رأت ثلاث حيض ولم يتم بعد أربعة أشهر وعشرة أيام تنقضي عدتها (ومعناه) أي معنى الخلاف في أبعد الأجلين (إذا كان الطلاق

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة . اهـ مصححه .

بائناً أو ثلاثاً ، أما إذا كان رجعياً فعليهـا عدة الوفاة بالإجماع . لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ، لزمها ثلاث حيض ، و إنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة ، لأنه بقي في حق الإرث لا في حق تغـــير العدة ، بخلاف الرجعي ، لأن النكاح باق من كل وجه . ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيـاً في حق العـدة احتياطاً ، فيجمع بينهما . ولو قتـل على ردته حتى ورثتـه امرأته

بائناً أو ثلاثاً ، أما إذا كان) أي الطلاق (رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع) لعدم انقطاع النكاح.

(لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لا بالوفاة (ولزمهـا ثلاث حيض) وهي عدة الطلاق (وإنما يجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة) فلا يلزمها عدة الوفاة ، وبه قال الشافعي ومالك وأبو ثور وأبو عبيد (إلا انه بقي في حق الإرث) هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث . وأجاب بقوله إلا انه ، أي أن النكاح بقي في حق الإرث بالدليل الدال على توريثها بسبب الفرار (لا في حق تغيير العده ، بخلاف الرجعي) أي بخلاف الطلاق الرجعي (لأن النكاح باق من كل وجه)لأنه لا ينقطع بالرجعي ، ولهذا إذا مات المرتد أو قتل ترثه امرأته المسلمة ، ومع هـــذا لا يلزمها عدة الوفاة ، لأن النكاح انقطع بالردة لا بالموت .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد (انه) أي ان النكاح (لما بقي في حق الإرث يجعل باقياً في حق العدة احتياطاً ، فيجمع بينهما) أي بين العدتين لأنها مبانة حقيقة وتوفى عنها زوجها حكماً (ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته) يعني حصر استحقاقها إلى وقت الردة ، لأن المسلم لا يرث الكافر ، وهو جواب عما استدل به أبو يوسف ، فقال ألا ترى أن المرتد إذا قتل أو مات على ردته ترثه زوجته المسلمة ، وليس عليهـا عدة الوفـاة

فعدتها على هذا الإختلاف ، وقيل عدتها بالحيض بالإجماع ، لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث ، لأن المسلمة لا ترث من الكافر ، فإن اعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه ، وإن اعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت .

بالإجماع ، لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته ، فكذلك زوال النكاح هنا بالطلاق البائن لا بالموت ، وتقريره أن ذلك أيضاً على هذا الاختلاف ، يعني تعتد بأبعد الأجلين ، وهو معنى قوله (فعدتها على الإختلاف المذكور وقيل عدتها بالحيض بالاجماع ، لأن النكاح ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث ، لأن المسلمة لا ترث من الكافر فإن اعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي ، انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر ، لقيام النكاح من كل وجه) صورته الأمة المنكوحة طلقها زوجها رجعياً ثم أعتقها مولاها في عدتها تحولت عدتها إلى عدة الحرائر من وقت الطلاق فعليها ان تعتد بثلاث حيض إن كانت ممن تحيض وبثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض .

(وإن اعتقت وهي مبتوتة) أي وإن أعتقت الأمة المطلقة وهي مبتوتة ، أي والحال انها مطلقة طلاقاً بائناً أو ثلاثاً (أومتوفى عنها زوجها) أي أو كانت متوفى عنها زوجها (لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة والموت) فإذا كانت كذلك لا تعتد بحيضتين أو بشهر ونصف ، أو بشهرين وخمسة أيام على حسب اختلاف حالها ، وبه قال الشافعي في الأظهر واعد [1] واسحاق ، وهو قول الحسن والشعبي والضحاك . وقال مالك لا يكمل ، وهو قول أبي ثور . وعن عطاء والزهري وقتادة يكمل فيها اعتباراً بحال اعتدادها .

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل .

وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ، ومعناه إذا رأت الدم على العادة ، لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح

فإن قيل العدة حكم زوال الزوجة ، وحكم الزوال يثبت عند الزوال ، فينبغي أن لا تحول العدة في الرجعي أيضاً ، لأن عند الزوال أمة ، ولهذا تعتد من وقت الطلاق . وأجيب بأنه إنما تحولت العدة لأن سببها وهو الزوال متردد ليس بمستقر ، فكانت مترددة أيضاً لتردد سببها ، فتغيرت . ولهذا يتحول بالموت من الأقراء إلى الشهود بخلاف البائن ، فإن سببه مستقر ليس بمتردد ، فلم تتحول العدة بالعتق . وفي شرح الاقطع عن الشافعي قولان في كل واحد من الرجعي والبائن في أحدهما ينتقل فيهما ، وفي الآخر ينتقل فيهما . وفي وجيزهم ولو أعتقت في أثناء العدة فهي كالحرة في قول ، وكالأمة في قول . وفي القول الثالث إن كانت رجعية التحقت بالحرة ، وإن كانت بائنة فتعتد بقرأين .

(وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ،وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) لأن الشهور في الآيسة بدل عن الحيض ، ولا معتبر بالبدل مع القدرة على الأصل ، فلما رأت الدم علم أن الإياس عن الأصل لم يكن متحققاً ، والشرط هو اليأس إلى الموت كالفدية في الشيخ الفاني (ومعناه) أي معنى ما ذكره القدوري لأن المسألة من مسائل القدوري (إذا رأت الدم على العادة) التي كانت قبل الاياس ،يعني كثيراً سائلاً ، أما إذا كانت بلة يسيرة لا يكون حيضاً ، بل كان ذلك من نتن الرحم فكان فاسداً لا يتعلق به حكم الحيض (لأن عودها) أي عود العادة (يبطل الإياس هو الصحيح) احترز عن قول محمد بن مقاتل الرازي ، فإنه كان يقول هذا لو لم يحكم بإبانتها ، فأما إذا انقطع الدم عنها زماناً حتى يحكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة ونحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً . وقيل هذا على قول من وقت الإياس وقتاً ثم يظن انها آيست ، ثم يظهر بخلافه فتستأنف العدة بالحيض ، كذا ذكره الجصاص.

فظهر أنه لم يكن خلفاً ، وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني . ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالشهور تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل، والمنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت ، لأنها للتعرف عن براءة الرحم لانقضاء حق النكاح

(فظهر أنه لم يكن خلفاً ، وهذا) اي عدم ظهور الخلفية (لأن شرط الخلفية تحقق اليأس ، وذلك) اي تحقق اليأس (باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني) يعني إن شرط الخلفية في الشيخ الفاني استمرار العجز مدة العمر ، فكذا هنا .

(ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالشهور تحرزاً) اي احترازاً (عن الجمع بين البدل والمبدل) فإنه لا يجوز . فإن قلت يشكل بمن يصلي بالإيماء حيث يجوز، ولا يشترط العجز إلى الممات . قلت لأن الصلاة بإيماء ليست بخلف ، بل الإيماء بعض الشيء لا يكون خلفاً كالركوع والسجود ، أما العدة بالأشهر بدل عن العدة بالحيض ، وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن .

فإن قلت المصلي إذا سبقه الحدث ولم يجد الماء حتى يتيمم وبنى يجوز . قلت البدلية في الطهارة وإن كانت لكن لا يجمع بينهما ، لأنه لا يكمل أحدهما بصاحبتها .

(والمنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت) أراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح الأخت في عدة الأخت ، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ، أراد بالموطوءة بشبهة ما زفت إليه غير امرأته . وقال الحاكم الشهيد في الكافي إذا دخل الرجل بالمرأة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه المهر وعليها العدة ثلاث حيض إن كانت حرة ، وحيضتان إن كانت أمة ، وسواء إن مات عنها او فرق بينهما وهو حي ، فإن كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلاثة أشهر ، وعدة الأمة شهر ونصف .

(لأنها) اي لأن العدة (للتعرف عن براءة الرحم ، لانقضاء حق النكاح) إذ لا حق

والحيض هو المعروف . وإذا مات مولى أم الولد عنهـا اعتقها فعدتهـا ثلاث حيض . وقال الشافعي « رح » حيضة واحدة ، لأنها تجب بزوال ملك اليمـين ، فشابهت الاستبراء . ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبهت عدة النكاح ،

للنكاح الفاسد والوطء بشبهة (والحيض هو المعروف) ولا فرق في ذلك بين الفرقة والموت. فإن قيل فعلى هذا وجب أن يكتفي بحيضة واحده او شهر كما في الاستبراء ، وليس كذلك . أجيب بأنها انها كانت ثلاث حيض الحاقاً للشبهة بالحقيقة ، فإن أحكام العقد الفاسد أبداً يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة ، فإنها يفيدان إفادة الصحيح ، غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض كونها فيه ، ولذلك ثبت أجر المثل دون المسمى كذلك ، وها هنا أيضاً لم يثبت عدة الوفاة كونها فيه ، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف لفوات نعمة النكاح ، والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلذلك اختصت بالصحيح ، ولكن لما كانت فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطاً .

(وإذا مات مولى أم الولد أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعي حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين ، فشابهت الاستبراء) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة ، وبه قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعائشة وابن المسيب وابن سيرين وابن جبير وحلاس وعمر بن عبد العزيز والزهري والأوزاعي وإسحاق . وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد لا في العتق ولا في الموت ، وتزوج من شاءت إذا لم تكن حاملا . وقال الأترازي وقال الشافعي عدتها حيضة واحدة . إن كانت ممن تحيض . وإن كانت ممن لا تحيض فشهر . وقال مالك في الموطأ وعدتها حيضة واحدة ، وإذا لم تحض فثلاثة أشهر ، وبه قال أحمد بن حنبل . وقال في شرح الأقطع ومن أصحاب الشافعي من قال انه ليس بعدة ، وإنما هو استبراء .

(ولنا أنها) اي العدة (وجبت بزوال الفراش ، فأشبهت عدة النكاح) يعني إذا طلق أم الولد زوجها ، وهي ممن لا تحيض ، فعدتها ثلاثة أشهر ، وفيه لا يكتفي بحيضة

وأما منافية عمر رضي الله عنه فإنه قال عدة أم الولد ثلاث حيض ، ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح ،وإذا مات الصغير عن امرأة وبها حبل فعدتها أن تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » عدتها أربعة أشهر وعشراً ،وهو قول الشافعي « رح » ، لان الحمل ليس بثابت النسب منه ، فصار كالحادث بعد الموت .

واحدة (وأما منافية) اي في الحكم المذكور (عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض) هذا غريب ، ولكن روى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير أن عمرو بن العاص أمر أم الولد إذا أعتقت أن تعتد بثلاث حيض . وكتب إلى عمر رضي الله تعالى عنه فكتب بحسن رأيه. وروى محمد ابن الحسن في الأصل عن علي وابن مسعود وابراهيم أنهم قالوا عدة أم الولد ثلاث حيض ، فسموه عدة وقدروها بثلاث .

وقال الكرخي في مختصره حدثنا الهروي قال حدثنا محمد بن شجاع قال حدثنا يحيى ابن آدم عن أبي خالد عن حجاج عن الشعبي عن الحارث عن علي وعبد الله رضي الله تعالى عنهما عدة أم الولد ثلاث حيض اذا مات عنها سيدها . وروى الحكم عن علي رضي الله تعالى عنه قال ثلاث حيض . وعن عطاء ثلاثة قروء . وعن ابراهيم عدة أم الولد ثلاث حيض .

(ولو كانت) أي أم الولد (ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح) يعني كما يجب أن تعتد بثلاثة أشهر إذا طلقها زوجها (وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف رحمه الله عدتها أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول الشافعي) ومالك وأحمد ، وهو قول أبي حنيفة أولاً (لأن الحمل ليس بثابت النسب منه) اي من الصغير (فصار كالحادث بعد الموت) يعني بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ . وقال بعضهم بأن تأتي

لهمـــا إطلاق قوله تعالى ﴿ وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق ، ولانها مقدرة بمدة وضـع الحمل في أولات الاحمال قصرت المدة أو طالت لا لتعرف عن فــراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء، لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في الصبي ، وإن لم يكن الحمل منـه ، بخلاف الحمل الحادث

به لأكثر من ستين . وقال في نهايته والأول أصح ، وتفسير قيام الحمل عنـد الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت موته ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(ولهما) اي لأبي حنيفة ومحمد (إطلاق قوله تعالى ﴿ وأولات الأحـمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ... الآية ٤ الطلاق) يعني من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج ومن غيره في عدة الطلاق او الوفاة ، بخلاف ما إذا حدث الحمل بعد موت الصبي ، حيث تعتد بالشهور ، لأنها لم تكن حاملا عند الموت ، فلم تدخل تحت الآية المذكورة ، ولا يرد علينا امرأة الكبير إذا حبلت بعد موته لأقل من سنتين ، حيث تعتد بوضع الحمل ، وإن لم يكن الحمل وقت الموت ، لأن النسب لما ثبت منه وهو أمر شرعي حكم بوجود الولد أيضاً عند الموت حكماً تبعاً لحكم شرعي ، وهنا فيما نحن فيه لا يثبت النسب ، فلم يمكن إثبـات الحمل عند الموت حكماً .

(ولأنها مقدرة) دليل معقول لهما، اي ولأن عدة الوفاة مقدرة (بوضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة او طالت لا لتعرف) اي غير مقدرة للتعرف (عن فــراغ الرحم لشرعها) اي لشرع عدة الوفاة ، اي لمشروعيتها (بالأشهر مع وجــود الأقراء ، لكن قدرت لقضاء حق النكاح ، وهذا المعنى) يعني قضاء حق النكاح (يتحقق في الصبي) وإن لم يكن الحمل منه) فاذا كان كذلك تعتد امرأته بوضع الحمل لنص قولــه تعالى ﴿ وأولات الأحمال ﴾ ٤ الطلاق (بخلاف الحمل الحادث) جواب عن قــول الشافعي، فصار كالحمل الحادث بعد الموت .

لانه وجبت العدة بالشهور ، فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل ، فافترقا، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت ، لان النسب يثبت منه ، فكان كالقائم عند الموت حكماً ، ولا يثبت نسب الولد في الوجهين ، لان الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق ، والنكاح يقام مقامه في موضع التصور .

(لأنه) أي لأن الشأن أنه (وجبت العدة بالشهور) حقاً النكاح بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه) اي فيما إذا مات الصبي عن امرأة وبها حبل (كما وجبت) العدة (وجبت مقدرة) اي حال كونها مقدرة (بمدة الحمل)وهو وضع الحمل، لأنها عدة أولات الأحمال (فافترقا) اي افترق الحمل القائم عند الموت ، والحادث بعده (ولا يلزم امرأة الكبير) جواب عما يقال إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا ، فقد ألزمناها العدة بالشهور ، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل ، فقد تغيرت العدة بوضع الحمل ، فأجاب بقوله ولا يلزم امرأة الكبير (إذا حدث لها الحبل بعد الموت) اي بعد موت الزوج (لأن النسب يثبت منه فكان) اي الحمل (كالقائم عند الموت حكماً) تبعاً لحكم شرعي آخر ، وهو ثبوت النسب ، لان النسب بلا حمل لا يثبت في امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائماً عند الموت ، فكان الحمل مضافاً إلى أقرب الاوقات ، فكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة .

(ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) اي فيما إذا كان الحمل قائماً عند موت الصغير ، وفيما إذا كان حادثاً بعد موته (لان الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق) بلا ماء ، فلا يثبت النسب (والنكاح يقوم مقامه) أي مقام الماء. وقال الاترازي أي مقام العلوق، هذا جواب عما يقال النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله ﷺ الولد للفراش . فأجاب بقوله والنكاح يقوم مقامه (في موضع التصور) اى في موضع يتصور الوطء .

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق ، لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل ، فلا ينقص عنها ، وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان ، ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسباً منهما جميعاً . وإذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية ، وهذا عندنا

(وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق) لم تعتد ، اى لم تحتسب ، ويجوز فيه أن يكون على صيغة المجهول مستنداً إلى ما تحيضه ، وأن يكون على بناء المعلوم ، مستنداً إلى المرأة (لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل ، فلا ينقض عنها) وهذا بالإجماع ، بخلاف الطهر الذي وقع فيه الطلاق ، فإنه محسوب عند مالك والشافعي.

(وإذا وطئت المعتدة بشبهة) اي المعتدة عن طلاق بائن رجل وطئها بشبهة ، بأن قال ظننتها تحل لي (فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان) وبه قال الشافعي في قول . وأشار إلى صورة التداخل بقوله (فيكون ما تراه) اي المرأة (من الحيض محتسباً منهما) اي من العدتين (جميعاً ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية) هذا الذي ذكره المصنف أعم من أن تكون العدتان من جنس واحد اومن جنسين ، وأعم من أن يكون الواطىء هو الزوج او غيره ، فهذه أربعة صور ، الأولى : أن تكون العدتان من جنس واحد بأن كان الكل حيضاً . والثانية : أن يكونا من جنسين ، بأن يكون أحدهما عدة الوفاة . والثالثة : ما ذكرناه ، وهو أن الواطيء هو الزوج . والرابعة : أن يكون الواطيء غير الزوج ، بأن المطلقة تزوجت في عدتها برجل فوطئها الرجل ثم فرق بينهما دفعاً للفساد ، فوجب عليها عدة أخرى ، ففي هذه الصور كلها تجب العدتان ، ويتداخلان عندنا .

وصورة التداخل ذكرها المصنف بقوله (وهذا عندنا) اي تداخل العدتين مذهب

وقال الشافعي «رح» لا يتداخلان ، لان المقصود هو العبادة ، فإنها عبادة كف عن التزوج والخروج ، فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد . ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم ، وقد حصل بالوحدة فتتداخلان ، ومعنى العبادة تابع ،

أصحابنا (وقال الشافعي لا يتداخلان) في مذهبه تفصيل ، وهو أن العدتين إذا كانتا من شخص واحد تداخلت إذا اتفقا بأن لم يكن إحبال ، وكانت من ذوات الأشهر او الأقراء ، وإن اختلف بأن احد بها بالحمل ففي تداخلها وجهان ، أحدهما : التداخل كالمتفقين . الثاني : لا ، وإن كانت العدتان من شخصين لم تتداخل ، ذكر في الوسيط ، وبه قال أحمد. وقالت المالكية المتفقان في الأقراء والأشهر متداخلان ، إما من واحد او من شخصين . ولو اختلفا كانت إحداهما بالحمل ينتقضان . وعند الشافعي وأحمد إن كانت إحداهما بالحمل وقدمت ثم تعود إلى الأقراء .

(لأن المقصود من العدة هو العبادة فإنها) اي فإن العدة (عبادة كف عن التزوج والخروج) من البيت والمنع عن الزينة وغيرها في مدة معلومة (فلا يتداخل كالصومين في يوم واحد) اي كما لا تداخل في الصوم ، وإنه كف عن امضاء المفطرات في وقت مقدر ، وهو اليوم ، فلا يتأدى صومان في يوم واحد ، فلا يتداخل فيه ، وكذا في العدة .

(ولنا أن المقصود) من العدة وهو (التعرف عن فراغ الرحم) في حق ذوات الأقراء (وقد حصل) المقصود (بالواحدة) بالعدة الواحدة ، فلا حاجة إلى عدة أخرى (فيتداخلان) ولا يقال ينبغي أن يكتفي بالحيضة وعدة الموطوءة بالشبهة ونكاح الفاسد بثلاث حيض او ثلاثة أشهر ، لأنا بينا أن الفاسد ملحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قول الشافعي ، لأن المقصود هو العبادة. وتقدير الجواب أن معنى العبادة في العدة تابع غير مقصود ، لأن ركنها حرمة الازدواج والخروج ، قال الله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ٢٣٥ البقرة ، فهي أجل ،

ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف. والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ، وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان

والآجال إذا اجتمعت بمدة واحدة كرجل عليه ديون مؤجلة لا بأس بأنها تنقضي بمدة واحدة ، ثم استوضح كون معنى العبادة فيها طريق التبعية لا بالقصد بقوله (ألا ترى أنها) اي أن العدة (تنقضي بدون علمها) اي علم المرأة (ومع تركها الكف) عن الخروج والأذى ، حتى إذا خرجت او تزوجت بزوج آخر لا تبطل العدة ، ولو قال معنى العبادة فيها ركناً مقصوداً لم ينتقض بدون الكف ، لأن العبادة لا تتحقق بلا ركن .

فإن قلت لا نسلم أن المقصود تعرف براءة الرحم ، فلو كان كذلك لم تجب العدة على الصبية والآيسة والمتوفى عنها زوجها ، لأنه لا شغل في الصبية ، وفي المتوفى عنها زوجها لا يحتاج الزوج إلى ذلك . قلت الصبية التي تحتمل الوطء تحتمل العلوق ، وكذا الآيسة ، فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء ، لأن العدة لا تكفي في إيجابها توهم الشغل وإن كان بخلاف العادة المتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة لصيانة ماء الزوجين عن الإختلاط ، لأن ماء الأول محترم في نصيبه ، وكذا ماء الثاني .

فإن قلت لو كان التداخل معتبراً لتداخل أقراء عدة واحدة . قلت لا نسلم الملازمة، لان التعريف بحيضة واحدة ليس كالتعريف بثلاث حيض في حصول المقصود ، لان المقصود من الأولى تعريف الفراغ ، ومن الثانية إظهار حظر النكاح فرقاً بينه وبين الإستبراء ، ومن الثالثة إظهار شرف الحرمة ، وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة . وقال الاكمل فيه نظر ، لان المصنف لم يعلل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم، فكان السؤال وارداً عليه ، انتهى . قلت تعليله بالتعريف عن فراغ الوحم يقتصر عليه لا ينافي التعليل بغيره ، فلا يرد عليه شيء .

(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) اي في الشهور (تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان) قال في المبسوط لو تزوجت في عدة

وابتداء العـــدة في الطلاق عقيب الطلاق ، وفي الوفاة عقيب الوفاة ، فإن لم تعلم بالطلاق أو بالوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها ، لأن سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة ، فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ، ومشايخنا « رح » يفتون في الطـــلاق إن ابتداؤها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواصفة

الوفـــاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها تجب من الاولى تمام أربعة أشهر وعشراً ، وعليهـــا ثلاث حيض للاخر عقيب مـــا حضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضاً .

(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ، وفي الوفاة عقيب الوفاة) لان العلة الموجبة للعدة الطلاق او الوفاة ، فلا بد من اقتران المعلول ، وهو وجوب العدة بعلتها ، وعليــه الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين (فإن لم تعلم) اي فإن لم تعلم المرأة (بالطلاق او بالوفاة) اي او لم تعلم بوفاة زوجها بأن كان غائباً (حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها ، لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة) اي وفاة الزوج (فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) وعن علي رضي الله تعالى عنه أنها تعتد من يوم يأتيها الخبر . وقـال مكي إن قامت به البينة تعتد من يوم الموت والطلاق ، وإلا فمن يوم الخبر . وقـــال داود طلاق الغائب لا يقـــع أصلا حتى يأتيها الخبر وتعتد المتوفى عنها زوجها من خبر موته .

(ومشايخنا) أراد بهم علماء بخارى وسمرقند لا جماعة التصوف الذين هم أهل البدع (يفتون في الطلاق ان ابتداؤها) اي ابتداء العدة (من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة) بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض بها بالدين والوصيـــة ، او يتواضعا على انقضائها بأن يتزوج أختها او أربعاً سواها . وفي الذخيرة قال محمد في الاصل يجب العدة من وقت الطلاق ، واختارها مشايخ بلخ على أنها تجب من وقـــت الإقرار عقوبة عليه وزجراً على كتمانه الطلاق ، ولكن لا تجب لها نفقة العـدة والسكنى ، لأن

والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطىء ، على ترك وطئها . وقال زفر « رح » من آخر الوطئـــات ، لأن الوطء هو السبب الموجب . ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطء الواحد لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ، ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد ، فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ،

ذلك حقها وقد أقرت هي بسقوطه ، وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها ما لم تنقضي العدة من وقت الإقرار .

(والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطىء على ترك وطئها) بأن أخبرها أنه ترك وطأها ، والاخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه ، أما آخر الوطئات فلا يعلم لاحتمال وجود غيره ، اي غير الوطء الذي وجد . وفي الخلاصة وكذا في النكـاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا بالقول بقوله تركتك او ما يقوم مقامه بأن يقول تركتها وخليت سبيلها .

(وقال زفر من آخر الوطئات) وبه أخذ أبو القاسم الصفار . وقال أبو بكر البلخي تجب العدة من وقت الفرقة . وقال داود ولا عدة في النكاح الفاسد (لأن الوطء هو السبب الموجب) اي العدة إذ لو لم يطأها لم تجب العدة .

(ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة) تقديره القول بالموجب هو أن يقال سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب هو تمكن جميع الوطئات التي وجد العقد الفاسد بمنزلة وطأة واحدة (لاستناد الكل) اي كل الوطئات (إلى حكم عقد واحد) وهو بشبهـــة العقد ، وتلـك الشبهة إنما ترتفع بالمشاركة كما في النكـــاح ترتفع بالطلاق .

(ولهذا) إيضاح لقوله استناد الكل إلى حكم عقد واحد (يكتفى في الكل بمهـــر واحد ، فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره) فلا يكـون الذي

ولأن التمكن على وجـــه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره . وإذا قالت المعتـدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين ، لأنها أمينـة في ذلك ، وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع . وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليهمهر كامل، وعليها عدة مستقبلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح»

قبله أخيراً ، وتقديره أن العدة لا تثبت إلا بآخر وطأة لا يؤخذ إلا بالتفريـق والعزم ، والوطء الأخير لا يتوقف عليه لما قلنا انه يجوز أن يوجد غيره (ولأن التمكن) دليل آخر ، اي لأن التمكن من الوطء (على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه) اي لخفاء الوطء (ومساس الحاجة) جواب عما يقال لا نسلم أن حقيقة الوطء أمر خفـــي بالنسبة إلى الزوجين والحاجة إلى معرفة الزوجين ، والحاجة إلى معرفة أبها ، فأجـاب بقوله ومساس الحاجة (إلى معرفة الحكم في حق غيره) اي غير الواطىء وغيره هو الزوج للذي يريد أن يتزوجها وأخت الموطوءة وأربع سواها .

(وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين ، لأنهـا أمينة في ذلك) اي في اخبارها بانقضاء عدتها لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها (وقد اتهمت بالكذب ، فتحلف كالمودع) بفتح الدال اذا ادعى الرد او الهلاك وكذبه المودع بكسر الدال . وقال فخر الإسلام إذا حلفت صدقت ، معناه إن حلفت بطلت الرجعـة ، وإن نكلت لم تبطل ، بل بقيت كما كانت . وقال الأترازي وهذا ليـــس باستحلاف على الرجعة ، بل على بقاء العدة ، فلا يرد نقضاً على أبي حنيفة يعني لا استحقـــاق عنـده في الرجعـــة .

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها فطلقها قبل الدخول بهـا فعليه مهر كامل ، وعليها عدة مستقبلة ، وهذا) اي هذا الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وإنما زاد هذا اللفظ أعني قوله هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن هذه

وقال محمد « رح » عليه نصف المهر ، وعليها إتمام العـــدة الأولى ، لأن هـذا طلاق قبـل المسيس فلا يوجب كمال المهر ، ولا استئناف العدة وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني ، فإذا ارتفع بالطلاق

المسألة من مسائل القدوري ، ولم يذكر فيها أبا حنيفة وأبا يوسف . وإنما قـــال إذا طلق الرجـــل امرأته طلاقاً بائناً إلى قوله وعليها عدة مستقبلة ثم قال مثل ما قال المصنف .

(وقال محمد لها نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى) وعند زفر يجب نصف المهـــر الثاني ولا عدة عليها ، وعلى هذا الخلاف إذا تزوجت المرأة غير كفوء ودخل بهـا وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي وألزمه المهر وألزمها العدة ، ثم تزوجهـا في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان لها عليه المهر الثاني كاملا ، وعليها عـــدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ولو كان تزوجها بعد انقضاء العدة كان لهـــا نصـــف المهر في قولهم جميعاً ، كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي في باب الأكفاء . وفي شـــرح الكافي قوله طلاقاً بائناً ، وكذا لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة ، ثم قال وصورتها أنها تزوجت بغير كفء ، وقد ذكرناها الآن . وفي الذخيرة هذه المسائل مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الأول هـــل يكون دخولاً في النكاح الثاني أم لا ، فعند أبي حنيفة وابي يوسف يكون ، وهو رواية عن أحمد .

(لأن هذا طلاق قبل المسيس) اي قبل الدخول والخلوة الصحيحة (فلا يوجب كمال المهر) وكل طلاق هكذا لا يوجب كمال المهر بل هو منصف المهر بالنص (ولا استئناف) اي ولا يوجب إليهـا استئناف (العدة) لأن العدة لا تجب في الطلاق قبـــل المسيس بالنص أيضاً .

(وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر) يعني اكمال العدة الأولى (حالة التزوج الثاني) لعدم اختلاط المياه (فإذا ارتفع) أي التزوج الثاني (بالطلاق

الثاني ظهر حكمه ، كما لو اشترى أم ولد ثم أعتقها . ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الأولى ، وبقي أثره ، وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة تاب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح

الثاني ظهر حكمه) أي حكم الطلاق الأول ، لأنه لما طلقها ثانياً بلا دخول فصار النكاح الثاني كالمعدوم ، فيجب عليه اكمال العدة الأولى (كما لو اشترى أم ولده ثم اعتقها) صورته رجل اشترى امرأته وهي أمة فولدت منه فسد النكاح وكانت حلالاً له بالملك ، فلا بأس بأن تتزين ولا تبقى الطيب لأنها غير معتدة في حقه ، لأن العدة أثر النكاح ،فلما كان الملك ينافي أثر النكاح ينافي أثره ، لكنها معتدة في حق غيره ، حتى إذا أراد أن يزوجها من غيره ليس له ذلك ، حتى تحيض حيضتين ، فإن الفرقة بعد الدخول ،فكانت معتدة في حق غيره .

ثم إذا اعتقها بعد الشراء فعليها ثلاث حيض ، لأنها صارت أم ولد حين اشتراها بعدما ولدت بالنكاح ، وعلى أم الولد ثلاث حيض ، لكنها تتقي الطيب والزينة في الحيضتين الأولين استحساناً . وفي القياس ليس لها ذلك ، لان الحداد لم يلزمها عند وقوع الفرقة، فلا يلزمها بعد ذلك . وجه الاستحسان أن العدة وجبت عليها بالفرقة لكنها لم تظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالاً له بالملك ، فظهرت تلك العدة وحق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد ، فأما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها ، لأنها لم تجب بسبب النكاح بل العتق ، ولا حداد على أم الولد .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أنها مقبوضة في يده) أي أن أم الولد مقبوضة في يد مولاها (حقيقة بالوطئة الأولى) إذ الوطء في هذا الباب بمنزلة القبض (وقد بقي أثره) أي والحال انه بقي أثر الوطء ، والأول (وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة) بالدخول في النكاح الاول (ناب ذلك القبض) أي في الدخول الاول (عن القبض المستحق في هذا النكاح) فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول

كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد ، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول . وقال زفر « رح » لا عدة عليها أصلاً ، لأن الأولى قد سقطت بالتزوج ، فلا تعود ، والثانية لم تجب ، وجوابه ما قلنا . وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها ، وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة ،

في النكاح الثاني ، فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة .

فإن قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالنكاح بعد الدخول لكان صريحة معقباً للرجعة ، كالطلاق الصريح بعد الدخول ، وليس كذلك . فإن الواقع بائن . أجيب بأنه ليس بطلاق بعد الدخول ، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول ، والمساوية للشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الوجوه ، ألا ترى أن الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لا فيما سواهما ، حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائناً .

(كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد) شبه الحكم المذكور بحكم الغاصب الذي اشترى المغصوب الذي في يده من المالك يصير قابضاً بقبض الذي يتم به العقد (فوضح بهذا) أي فظهر بما قررناه من الدليل (أنه) أي هذا الطلاق (طلاق بعد الدخول) تشبيهاً لا تحقيقاً ، بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق .

(وقال زفر لا عدة عليها أصلاً ، لأن الأولى) أي العدة الأولى (قد سقطت بالتزوج فلا تعود) لأن الساقط لا يعود (والثانية) أي العدة (لم تجب) لأنه طلاق قبل الدخول (وجوابه ما قلنا) أي جواب زفر ما قلنا من الدليل ، وهو أنها مقبوضة في يده ببقاء أثر القبض ، وهو العدة .

(قال) أي القدوري (وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها ، وكذا) أي وكذا لا عدة (إذا خرجت الحربية) من دار الحرب (إلينا) أي إلى دار الإسلام حال كونها (مسلمة) والاسلام ليس بشرط في عدم وجوب العدة ، بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة ، أي المغاضبة ، وعلى نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبداً ، يقال فلان راغم قوله ،

فإن تزوجت جاز ، إلا أن تكون حاملاً ، وهـذا كله عند أبي حنيفة « رح » . وقالا عليها وعلى الذمية العدة ، أما الذمية فالإختلاف فيها نظير الإختلاف في نكاحهم محارمهم، وقد بيناه في في كتاب النكاح . وقول أبي حنيفة « رح » فيما إذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها، وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العـدة ، فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل

إذا نابذهم وخرج عنهم ، ذكره التمرتاشي ، وقال خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذمياً والآخر على حربه ثم فقد زالت الزوجية .

(فإن تزوجت) أي هذه كمهاجرة إلى دار الاسلام (جاز) ولا عدة عليها (إلا أن تكون حاملاً) فلا تزوج حتى تضع حملها وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي . وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وروى محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن مع الحبل يجوز نكاح المهاجرة ولكن لا يقربها زوجها ، والصحيح جواب الكتاب يعني لا يجوز تزوجها مع الحبل (وهذا) أي وهذا المذكور (كله قول أبي حنيفة . وقالا) أي وقال أبو يوسف ومحمد (وعليها) أي على التي خرجت من دار الحرب (وعلى الذمية) التي طلقها زوجها (العدة ، أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعني ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك .

(وقد بيناه في كتاب النكاح) في باب نكاح أهل الشرك (وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها) يعني قول أبي حنيفة في جواز تزوج الذمية المطلقة من الذمي بلا عدة إنما يجوز إذا كان في اعتقاد أهل الذمة جواز ذلك .

(وأما المهاجرة) التي هاجرت من دار الحرب إلى دار الاسلام (وجه قولهما) في ذلك (أن الفرقة) بين الزوجين الذميين (لو وقعت بسبب آخر) كالطلاق (وجبت العدة فكذا) يجب (بسبب التباين) من دار الحرب (بخلاف ما إذا هاجر الرجل) أي

وتركها لعـــدم التبليغ . وله قوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم أن تنكحوهن ﴾ ١٠ الممتحنة ، ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم ، والحربي ملحق بالجماد ، حتى كان محلاً للتمليك ، إلا أن تكون حاملاً ، لأن في بطنها ولداً ثابت النسب ، وعن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا ، والأول أصح

الزوج إلى دار الإسلام (وتركها) في دار الحرب لا تجب العدة عليهـــا بالاتفاق (لعدم التبليغ) أي لعدم تبليغ حكم الشرع اليها .

(وله) أي ولأبي حنيفة (قوله تعالى ﴿ لا جنـــاح عليكم أن تنكحوهن ﴾ ١٠ الممتحنة) نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً ، فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص (ولان العدة) دليل معقول ، تقديره أن العدة (حيث وجبت كان فيها حق بني آدم) لأنها تجب صيانة لماء محترم ، ولهذا لا يجب قبل الدخول (والحربي ملحق بالجماد ، حتى كان محلا للتمليك) يباع في الأسواق كالبهائم (إلا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله - والحربي ملحق بالجماد - لأن معناه والحربي لا حق له ، إلا أن تكون امرأة حاملا (لأن في بطنها ولداً ثابت النسب) والفراش قائم بنكاحهـــا ، فيستلزم الجمع بين الفراشين ، ولا كذلك إذا لم تكن حاملا .

فإن قلت قوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم أن تنكحوهن ﴾ ١٠ الممتحنة ، مطلق لايفصل بين الحامل والحائل ، فتقييده بالحمل زيادة على النص فلا يجوز . قلت ان قوله ﷺ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره ، حديث مشهور تلقته الأئمـــة بالقبول فيجوز به الزيادة ، بخلاف العدة ، فإنه ليس فيها مثله .

(وعن أبي حنيفة) رواه الحسن عنه (أنه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا) أي لا حرمة لماء الحربي كماء الزنا (والأول) وهو عدم صحة نكاحها (أصح) لأن الحمل من الزنا لا نسب له ، وهنا النسب ثابت من الحربي .

ثم اعلم أن المصنف لم يذكر في هذا الباب وجوب العدة على الصغيرة والمكاتبة .وفي

فصـــل

قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد،

الذخيرة طلق الصغيرة بعد الدخول تعتد بثلاثة أشهر ، وعن الفضلي إذا كانت مراهقة فعدتها لا تنقضي بالأشهر ، بل يوقف حالهـــا إلى أن يظهر أنها حبلت بذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر كانت عدتهـــا بوضع الحمل ، وإلا فبالأشهر . ولو حاضت في الأشهر تستأنف العدة .

واختلف مشايخنا في إطلاق إيجـاب العدة على الصغيرة ، وأكثر المشايخ لا يطلقون لفظ وجوب العدة ، لأنهـــا غير مخاطبة ، لكن ينبغي أن يقال تعتد وتجب العدة على الكتابية إذا كانت تحت مسلم كالمسلمة لو كانت تحت ذمي ، فلا عدة عليها في موت ،ولا فراق عند أبي حنيفة ، وعندهما تجب .

واختلف العلماء في عدة المستحاضة ، فعندنا هي وغيرهـــا سواء ، لأنها إذا كانت صاحبة العادة ردت إلى أيام عادتها ، والمبتدأة والناسية عادتها تعتد بثلاثة أشهر ، وعند الشافعي وأحمد ثلاثة أشهر إذا لم يوجد تميز . وقال مالك سنة في الطلاق كالوفاة فتسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة حرة كانت أو أمة أو كتابية .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يجب على المعتدات من الفعل والترك .

(قال) أي القدوري في مختصره (وعلى المبتوتة) هذه اللفظة تقع على المطلقة بائناً أو ثلاثاً ، وعلى المختلعة (وهو المتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) بكسر الحاء المهملة وتخفيف الدالين المهملتين مصدر من حدت المرأة إذا تركت الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها ، وهو من نصر ينصر ، وضرب يضرب ، وفتح يفتح . واحدت المرأة أيضاً إحداداً . وأبى الاصمعي إلا احدت ، فهي محد ، كذا قاله ابن دريد . وقال ابن شداد في أحكامه أحد وحد لغتان،وهو من الحد ، وهو المنع ، وانها منعت نفسها ، والحداد أيضاً ثياب الماء ثم السود .

أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً

(اما المتوفى عنها زوجها فلقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً) هذا الحديث أخرجه الجماعه إلا الترمذي عن أم عطية قالت قال رسول الله ﷺ لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ، ولا تمس طيباً إلا إذا ظهرت نبذة من قسط واظهار . وفي لفظ البخاري ومسلم وقد رخص للمرأة في طهرها إذا اغتسلت من حيضها في نبذة من قسط أو اطهار [1] .

وقال الاكمل وفي وجه الاستدلال بهذا الحديث اشكال ، لان مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها ، لكون الاستثناء من التحريم إحلال ، وليس الكلام فيه ، وإنما هو في الايجاب . ثم قال وقال في النهاية يمكن أن يقال قوله ﷺ لا يحل نفي إحلال الاحداد نفسه ، فحينئذ كان في المستثنى إثبات الإحداد لا محالة ، وكان تقدير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها ، فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً ، فكان هذا اخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجباً ، لان اخبار الشرع آكد من الامر ، وهذا نسب ما وجدت من الشرح ، انتهى .

قلت هذا التعسف لغة من التقصير من النظر في تمام الحديث ، فإن المصنف أيضاً ما أخرج الحديث بتمامه ، وقد ذكرناه ، وفيه تصريح بوجوب الاحداد على ما لا يخفى على المتأمل والعصب من برود اليمن يصنع غزله ثم يحاك قوله نبذة من قسط بضم القاف وسكون السين المهملة ، وهو ضرب من العود ، وقيل ضرب من الطيب لا واحد له من لفظه . وقيل واحدة ظفر ، ويروى من قسط ظفار بدون الألف بوزن قطام ، وهو

---

(١) وردت بإعجام الظاء ، وهنا بالطاء المهملة . اهـ مصححه .

وأما المبتوتة فمذهبنا . وقال الشافعي « رح » لا حداد عليها لأنــــه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج ، وفي تعهدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته . ولنا ما روي أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال الحناء طيب

اسم مدينة لحمير باليمن ، قوله – نبذة – أي قطعة ، وهو بضم النون وسكون البــاء الموحدة ، والمتوفى عنها زوجهــا تحد وعليه أصحاب رسول الله ﷺ ، وهو مذهب أصحابنــا وسفيان والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق ، سواء كانت حاملاً أو غيرها . وقال الشعبي والحسن البصري والحكم بن عيينة لا يجب . وقــال الظاهرية فرض عليها الإحداد .

فإن قيل الإحداد التأسف على فوت النعم ، وذلك مذموم ، قال الله تعالى ﴿لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بمــا أتاكم﴾ ٢٣ الحديد ، فكيف صار واجباً بالخبر معــارضاً بالكتاب . أجيب بأن المراد بقوله تعالى ﴿ لكيلا تأسوا ﴾ ... الآية ، الأسى مع الصباح، والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً إلى النبي ﷺ .

(وأما المبتوتة فمذهبنا) وبه قال الشافعي في القديم وأحمد في رواية (وقال الشافعي) في الجديد (لا حداد عليها) وبه قال مالك وأحمد في رواية . وفي المنهاج يستحب ، وفي قول يجب (لأنه) اي لأن الإحداد (وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج ،وفي تعهدها) اي وفي تعهد المرأة مــا فاتها من حسن العشرة ، إلا أن فرق الموت بينهما (وقد أوحشها بالإبانة) حيث أساء إليها بالفراق وإيثاره غيرهــا عليها (فلا تأسف بفوته) اي بفوت هذا الزوج .

(ولنا ما روي ان النبي ﷺ نهى المعتدة ان تختضب بالحناء ، وقال الحناء طيب) ظاهر ما ذكره المصنف يدل على أنه حديثان ، ذكره السروجي حديثاً واحداً لا كما زعم السروجي . وقال مخرج الأحاديث هذا وهم منه ، لأن المصنف استدل بهذا الحديث على أن المبتوتة عليها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها ، وفيه خلاف الشافعي ، فتعين ان يكون الحديث واحداً .

ولأنه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هـو سبب لصونها وكفاية مؤنها ، والإبانة أقطع لها من الموت ، حتى كان لها أن تغسله ميتاً قبل الابانة لا بعدها ،

فإن قلت استدل بعضهم بقول المصنف ، ولنا ما روي ان النبي ﷺ إلى قوله ، وقال الحناء طيب ، بحديث أخرجه أبو داود في سننه عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة ، قالت قال لي رسول الله ﷺ وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء ، فإنه خضاب . قلت بأي شيء أمتشط يا رسول الله ﷺ قال بالسدر تغلفين به رأسك . قلت حديث أبي داود هذا أجنبي عن المقصود على ما لا يخفى ، فالاستدلال به غير مطابق .

وقوله – نهى المعتدة – أعم من أن تكون معتدة الوفاة ومعتدة الطلاق ، وتمام الحديث الحناء طيب ، فالحديث حديث واحد وأخرجه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج عن ابن لهيعة عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن خولة بنت حكيم عن أمها ان رسول الله ﷺ قال لاتطيبي وأنت محرمة ، ولا تمسي الحناء ، فإنه طيب ، وعزاه السروجي في الغاية إلى النساء ، لفظه نهى المعتدة عن التكحيل والدهن والخضاب بالحناء ، وقال الحناء طيب . وقال البيهقي إسناده ضعيف ، فإن ابن لهيعة لا يحتج به . قلت تكلموا فيه كثيراً ، ولكن روي عن أحمد انه قال من كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وضبطه وإتقانه ، وحدث عنه أحمد كثيراً ، وروى له مسلم مقروناً بعمرو بن الحارث ، روى له الأربعة والطحاوي .

(ولأنه) اي ولأن الإحداد (يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها) اي لصون المرأة عن ارتكاب ما لا يجوز (وكفاية مؤنها) ولأجل كفاية مؤنها ، وهو جمع مؤنة من نفقتها وكسوتها (والإبانة أقطع لها) اي لنعمة النكاح (من الموت) لأن حكم النكاح باق بعد الوفاة إلى ان تنقضي العدة (حتى كان لها ان تغسله) أي حتى كان للمرأة ان تغسل زوجها ، حال كونه (ميتاً قبل الإبانة لا بعدها) لأنه لا يبقى النكاح بعدها أصلاً .

والحداد، ويقال الاحداد وهما لغتان أن تترك الطيب والزينـــة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر. وفي الجامع الصغير إلا من وجع، والمعنى

فإن قيل المبتوتة يتناول [1] ، فكيف تتأسف المختلعة وقد افتدت نفسها بالمال لطلب الخلاص منه ، وكذا المبانة كيف تتأسف وقد جفاها بالإبانة وآثر غيرها عليها ، بل تظهر السرور بالتخلص عن مثل هذا الزوج كما قال الخصم . أجيب بأن وجوب الإحداد دائر بفوت النكاح الصحيح بالمشيئة لا بالاعتبار وفاء الزوج وجفائه . وفي هذا لا فـرق بين المختلعة والمبتوتة .

فإن قيل لو كان كذلك ينبغي أن تجب على الأزواج كما تجب على الزوجات ، لما ان نعمة النكاح مشترك بينهما . أجيب بأن النص لم يرد إلا في الزوجات ، والأزواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح ، لما فيه من صيانتهن ، لأنهن لحم على وضم وورود النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن الكسب عواجز عن التغلب ، ولا كذلـك الازواج .

(قال والحداد ويقال الإحداد) أراد بهذا تعريف الإحداد ، وكان موضعـه في أول الكلام . قوله ـ الحداد ـ مبتدأ وخبره قوله أن يترك الطيب ... إلى آخره . وقولـه ويقال الإحداد جملة معترضة، أي يقال في الإحدادالحداد أيضاً(وهما لغتان) جملة معترضة أيضاً ، اي الحداد بلا همزة في أوله ، والإحداد بهمزة لغتان مستعملتان ، وقـد مضى الكلام فيه عن قريب (أن تترك الطيب) اي تترك المعتدة استعمال الطيب (والزينـة) اي واستعمال الزينـــة (والكحل) بضم الكاف ، اى يترك الكحل ، وهو مصدر ، وبالضم اسم (والدهن) اى واستعمال الدهن(المطيب ، وغيرالمطيب إلا من عذر) هكذا لفظ القدوري ولفظ محمد .

(وفي الجامع الصغير إلا من وجع) وهو إشارة الى أن العذر هو التداوى (والمعنـى

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

فيه وجهان ، أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف ، والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيهـــا وهي ممنوعة عن النكاح ، فتجتنبها كيلا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم ، وقد صح أن النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ، ولهذا

فيه إلى وجهين) اى في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان (أحدهما ما ذكرنا من إظهار التأسف) على زوال النكاح (والثاني) اى وجه الثاني (أن هذه الأشياء) اى الطيب والزينة والكحل والدهن (دواعي الرغبة فيها) اى في المرأة ، لانها إذا كانت مطيبة متزينة تزيد رغبة الرجل فيها فوق ما يكون إذا كانت خالية عن الأشياء المذكورة (وهي ممنوعة عن النكاح) اى المرأة المحدة ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة النكاح والوفاة (فتجتنبها) اى إذا كان الامر كذلك تجتنب هذه المحدة الأشيـــاء المذكورة (كيلا تصير ذريعة) اى كيلا تصير هـــذه الأشياء وسيلة (إلى الوقوع في المحرم) أى الحرام .

(وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن للمرأة في الاكحال) أراد بالمعتدة التعميم ، ولم يرد غير المتوفى عنها زوجها خاصة ، كذا قال مخرج الاحاديث في تخريجه . وقوله – وقـد صح – النهي عن الاكتحال ، فإن الائمة الستة قد أخرجوه في سننهم مختصراً ومطولاً عن زينب بنت أم سلمة عن أمها امرأة توفى عنها زوجها فخافوا على عينهـا ، فأتوا النبي ﷺ فاستأذنوه في الكحل ، فقال رسول الله ﷺ لا مرتين او ثلاثاً حتى تمضي أربعـة أشهر وعشراً ، وأمـــا على الدهن فلم يصح شيء ، غير انه إذا كان مطيباً فظاهر أنها ممنوعة عن الطيب وإن لم يلق فيه على ما يجيء الآن .

(والدهن) مبتدأ ، وقوله (لا يعرى) خبره ، وأشار بهذا الى أن الدهـــن ممنوع مطلقاً (لانه في ذاته) لا يعرى عن نوع طيب وان لم يلق فيه الطيب ، ولهذا قال عن نوع طيب (وفيه زينة الشعر) لانه يحسنه ويزيد فيه بهجة (ولهذا) اى ولاجل كونـه

يمنع المحرم عنه ، قال إلا من عذر لأن فيـــه ضرورة ، والمراد الدواء لا الزينـــة ، ولو اعتادت الدهن فخافت وجعـــاً ، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يباح لها ، لأن الغالـب كالواقع ، ولبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لماروينا ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا بزعفران ، لأنه يفوح منـــه رائحة الطيب

زينة للشعر (يمنع المحرم عنه) فلا يجوز استعماله (قال إلا من عذر) اى قال القدورى تترك المحدة الاشياء المذكورة من الطيب والزينة والكحل والدهن إلا من عذر وضرورة وقعت ، فحينئذ يجوز الادهان والاكتحال على وجه الزينة ، كما إذا كان بهـــا صداع فدهنت رأسها واشتكت عينيهـــا فاكتحلت وأشار المصنف الى ذلك بقوله (لان فيه ضرورة ، والمراد الدواء لا الزينة) اى لا قصد الزينة ، لان الزينة ممنوعة.

(ولو اعتادت الدهن) بفتح الدال (فخافت وجعاً في رأسها او في عضومن أعضائها فان كان ذلك أمراً ظاهراً) اى كان خوفها الوجع ظاهراً غالباً (يباح لها ، لان الغالب كالواقع) فيتحقق الضرورة (وكذا لبس الحرير) اى وكذا يجوز لها لبس الحرير (اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به) والعذر نحو الحكمة والقمل ونحوهما ، وروى البخارى ومسلم مسنداً إلى أنس رضي الله تعالى عنه قال رخص النبي ﷺ للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكمة كانت بهما . وقال مالك يباح للمعتدة لبس الحرير الاسود .

وفي المحيط لو اكتحلت وادهنت لرفع إذا يجوز وللزينة لا يجوز ، وتمتشط بالاسنـــان الواسعة لا بالاسنان الضيقة . وقال الشافعي ومالك وأحمد يجوز الامتشاط مطلقـــاً ، وعندهم لها أن تدخل الحمام وتغسل رأسها بالخطمي والمدر . وأجمعوا على منع الادهان المطيبة ، فاختلفوا في غير المطيبة ، فعندنا والشافعي حرام لغير الضرورة . وعند مالك وأحمد والظاهرية تدهن بالزيت والسيرج الغير المطيب .

(ولا تختضب بالحناء) أراد به قوله عليه السلام الحناء طيب ، ومر الكلام فيه (ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا زعفران ، لانه يفوح منه رائحة الطيـــب) وفي الكافي الا

قال ولا حداد على كافرة لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة ، لأن الخطاب موضوع عنها ، وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، بخلاف المنع من الخروج ، لأن فيه

إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ ، فحينئذ لا بأس به بضرورة ستر العورة ، ولكن لا تقصد الزينة . قال الإمام الحلواني ، والمراد بالثياب المذكورة الجدد منها ، أما الخلق منها لا يقع به الزينة ، فلا بأس به ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة أن لا يقصد به الزينة ، بل أبلغ في الحدادة . قالت الظاهرية يجتنب عن لبس السواد كما في المصبوغ بالحمرة والخضرة ، ولا تخضر المعتدة على الطيب ولا تجزئه ولا تبيعه ولم يكن كسب إلا منه ، ولم يوافق عليه . قال محمد في النوادر لا يحل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها ، فانما هو في حق الزوج خاصة . قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث إذ في الحديث إباحة الإحداد للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام ، ولم يحك خلافاً في المنهاج لها الاحداد على غير الزوج ثلاثة أيام وتحرم الزيادة .

(قال) اى القدوري (ولا احداد على كافرة ، لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع) وقال الشافعي ومالك والظاهرية عليها الاحداد (ولا على صغيرة ، لان الخطاب موضوع عنها) يعني غير داخلة في الخطاب ، وعند هؤلاء عليها الحداد ، وفي عدة الوفاة .

فإن قلت ما الفرق بين الحداد والعدة ، حيث تجب العدة على الصغيرة . قلت لا نسلم أن العدة تجب عليها ، لأنها ليست بمخاطبة ، بل الولي يؤمر بأن لا يزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع ، ولهذا شرط الإيمان لوجوبه ، وإنما يشترط الايمان لحق الله تعالى ، فعلى هذا لا حاجة إلى الفرق لعدم وجوب العدة أيضاً .

(وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى) لأن فروع الشرع التي ليس فيها إبطال حق المولى يلزم المملوكة كالصوم والصلاة ، فيلزمها الحداد (بخلاف المانع من الخروج من البيت في العدة ، لأن فيه) اي في منعها من الخروج

إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته . قال وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد حداد ، لأنها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة الأصل

(إبطال حقه) اي حق المولى من الاستخدام ونحوه ، ولا يفوت الإحداد بذلك (وحق العبد مقدم) على حق الشرع (لحاجته) اي لحاجة العبد واستغناء الشرع،ألاترى ان للمولى منعها من النوافل ومنع المعتدة من شهود الجمعة والجماعة ، وكذا الحكم في المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة والمنكوحات في الوفاة والطلاق لفوات نعمة النكاح،وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

فإن قلت لو وجب الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء منكوحته لزوال النكاح بالشراء . قلت لم يفت الحل ببقائه بملك اليمين .

(قال) اي القدوري (وليس في عدة أم الولد) يعني إذا أعتقت (ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد ، لأنه) اي لان الشأن (ما فاتها نعمة النكاح ليظهر التأسف) أما أم الولد إنما يجب عليها العدة بالعتق الذي يزول به ذلك العتق ، فالمناسب لذلك السرور لا الحزن، لأن ما فاتها نعمة ، بل حصل نعمة الحرية التي صارت بها أهلا للولاية .وأما النكاح الفاسد، وكذا الوطء عن شبهة ، فلا يلزم الحداد (والإباحة الأصل) كان ينبغي أن يقول الأصل الإباحة . قال الأترازي أراد بها إباحة الزينة لها ، وذلك لقوله تعالى ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده ﴾ ٣٢ الأحزاب ، وقال الكاكي اي إباحة الزينة أصل خصوصاً في حق النساء . وقال الأكمل الأصل هو الإباحة في الزينة . وقال السغناقي اباحة الزينة أصل، والكل في الحقيقة معنى واحد .

وقال تاج الشريعة فإن قلت ما وجه إيراد قوله والإباحة أصل . قلت وجهه انه لما ذكر قوله فإنها نعمة النكاج يمكن ان يقال عليه إن هذا تعليل بالعدم ، وانه لا يصح ،فأجاب بقوله ـ والإباحة أصل ـ يعني انا لا يثبت بعدم فوات نعمة النكاح ، بل بالأصل المقتضى للاباحة السالم من وجود العلة المحرمة للزنية ، انتهى . قلت تخصيص إباحة الزينة بكونها

ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ، ولا بأس بالتعريض في الخطبة ، لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النســـاء ﴾

أصلا على الإنفراد لا وجه له ، لأن الأصل الإباحة في كل الأشياء التي منعت قولاً او فعلا على أن مذهب فخر الإسلام أن الإباحة ليست بأصل .

(ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) الخطبة التزوج ، ونكاح المعتدة لا يجوز ، وقد مــر في المحرمات (ولا بأس بالتعريض في الخطبة) التعريض التلويح وحقيقته إمالة الكلام إلى غرض يدل على التعرض ، منه قوله عليه السلام إن في الأعاريض لمندوحة عن الكذب ، وذلك مثل أن يقول إنك لجميلة ، وإنك لشابه ، وإن النساء لمن حاجتي ، فلعل الله يسوق إليك خيراً وما أشبه ذلك من الاشارة دون التصريح بالنكاح أن لا يجوز أن يقول صريحاً أريد أن أنكحك او أتزوجك او أخطبك ، لأن الخطبة التزوج كما ذكرنا ، والفــرق بين الكناية والتعريض أن الكناية أن يذكر الشيء بغير اللفظ الموضوع له لقولك طويـــل النجاد لطويل القامة ، كثير الرماد للمضياف .

والتعريض أن يذكر شيئاً يدل على شيء لم يذكره ، كما يقول المحتاج للمحتاج إليــه جئتك لأسلم عليك ولأنظر إلى وجهك ، قاله الزمخشري . وقــال تاج الشريعة التعريض الكلام دلالة ليس له فيها ذكر ، كقولك ما أقبح البخل تعريض بأنه بخيل ، والكنايــة ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد ، يعني طويل القامــة . كثير الرماد يعني انه مضياف . وفي شرح التأويلات أراد بالتعريض للمتوفى عنها زوجها ، إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع ، لأنه لا يجوز لها الخروج من مهر لها أصلا،فلايتمكن من التعريض على وجه لا يخفى عن الناس .

وأما المتوفى عنها زوجها لها الخروج نهاراً فيمكنه التعريض على وجه لا يقف عليــه سواها ، وأجمعوا على منع الخطبة وجواز التعريض في المتوفى عنها زوجها . وفي المنهاج لا تعريض لرجعية ، ويحل في عدة الوفاة . وكذا في البائن في الأظهر .

(لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او أكننتم في أنفسكم ،

إلى أن قال ﴿ ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ ٢٣٥ البقرة . وقال عليه السلام السر النكاح . وقال ابن عباس رضي الله عنه التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوج .

علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً الا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ ٢٣٥ البقرة) بقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم ﴾ اي لا إثم عليكم أن تعرضوا بخطبة النساء في عدتهن من وفاة أزواجهن من غير تصريح . قوله تعالى ﴿ أو أكننتم ﴾ اي اسررتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين ، والمستدرك بقوله تعالى ﴿ ولا تواعدوهن ﴾ محذوف تقريره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ﴿ ولكن لاتواعدوهن سراً ﴾ اي وطئاً ، لأنه مما يسر .

وقال الحسن والنخعي وقتادة والضحاك ومقاتل بن حبان والسري ، يعني الزنا ،وهو رواية العوفي عن ابن عباس ، واختاره ابن جرير . وقال ابن أبي طلحة عن ابن عباس ﴿ ولكن لا تواعدوهن سراً ﴾ لا تقولوا لها إني عاشق وعاهديني أن لا تتزوجي غيري ، ونحو هذا قوله تعالى ﴿ إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا ، والاستثناء يتعلق بقوله تعالى ﴿ ولا تواعدوهن ﴾ اي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة ، فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره المصنف على ما يجيء الآن، وكذا فسره مجاهد والثوري والسدي . وقال ابن سيرين قلت بعيدة ما معنى قوله تعالى ﴿ إلا أن تقولوا قولا معروفاً ﴾ قال يقولون فيها لا تسبقني بها ، يعنى لا تزوجها حتى تعلمني ، رواه ابن أبي حاتم .

(وقال عليه السلام السر النكاح) هذا غريب ، قاله مخرج الأحاديث أراد انه لم يثبت ولم يتعرض إليه أحد من الشراح ، غير أن الأترازي قال ولنا في صحة هذا الحديث عن النبي ﷺ نظر .

(وقال ابن عباس التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوج) أخرجه البخاري عن مجاهد عن ابن عباس ﴿ لا جناح عليكم فيما عرضتم ﴾ يقول إني أريد التزوج ولوددت أن يتيسر لي امرأة صالحة .

وعن سعيد بن جبير رضي الله عنـــه في القول المعروف إني فيك لراغب، وإني لأرجو أن نجتمع ، ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ، ولا يبيت في غير منزلها . أما المطلقة فلقوله تعالى ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ ١ الطلاق ، قيـل الفاحشة نفس الخروج . وقيـل الزنا ويخرجن لإقامة الحـــد .

(وعن سعيد بن جبير في القول المعروف إني فيك لراغب ، وإني لأرجو أن نجتمع) أخرجه البيهقي عنه ﴿ إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ قال يقـول إني فيك لراغب ، وإني لأرجو أن نجتمع .

(ولا يجوز للمطلقة الرجعيه والمبتوته) اي المطلقة طلاقاً بائناً ، إما واحدة بائنة ، ثلاثاً (الخروج من بيتها ليلا ولا نهاراً ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ، ولا يبيت في غير منزلها) وأوجب المبيت على المتوفى عنها زوجها عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وأم سلمة رضي الله تعالى عنهم ، وبه يقول ابن المسيب والقاسم بن محمد والاوزاعي ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق بن راهوية وأبي عبيدة وجماعة من فقهاء الأمصار. وعن علي وابن مسعود وجابر وعائشة رضي الله تعالى عنهم أنها تعتد حيث شاءت ، وهو قول الحسن وعطاء والظاهرية .

(أما المطلقة) اي أما الدليل على عدم جواز خروج المطلقة من بيتها ليلا ونهـــاراً (فلقوله تعالى ﴿ ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشه مبينـــة ﴾ ١ الطلاق ، قيـــل الفاحشة نفس الخروج) قاله إبراهيم النخعي وبه قال أبو حنيفة فيكون معناه إلا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي إلا كافر ، ولا يزني احد إلا أن يكون فاسقاً .

(وقيل الزنا) اي الفاحشة هو الزنا (ويخرجن لإقامة الحد) عليهن قاله ابن مسعود

وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها ، فيحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة ، لأن النفقة دائرة عليها من مال زوجها ، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل أنها تخرج نهاراً ، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها ، فلا يبطل به حق عليها ، وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت ،لقوله تعالى ﴿ و لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ ١ الطلاق ، والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه

رضي الله تعالى عنه ، وبه أخذ أبو يوسف . وقال ابن عباس هي نشوزها ، او يكون بذية اللسان تبدداً على زوجها (وأما المتوفى عنها زوجها) اي وأما جواز خروج المتوفى عنها زوجها نهاراً او بعض الليل (فإنه لا نفقة لها ، فيحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش) وقيل لا تخرج لانها أسقطت (وقد يمتد إلى ان يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة لان النفقة دائرة عليها من مال زوجها ، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهاراً ،وقيل لا تخرج ، لانها اسقطت حقها فلا تبطل به) أى بإسقاط حقها (حق عليها) وفي شرح الكافي وإن كانت غنية فلها ان تخرج لانها لا تخاطب بما هو أعظم من هذا في حق الشرع كالصلاة والحدود وليس للزوج ان يمنعها في الطلاق البائن ، لانه لم يبق لها عليه ملك ولا يتوهم ، قالوا إلا أن تكون مراهقة يتوهم ان تحبل ، فحينئذ هي كالكتابية .

(وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة ـ والموت ـ لقوله تعالى ﴿ولاتخرجوهن من بيوتهن﴾ ١ الطلاق ، والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه) نسب البيوت إليهن بحق السكنى ، ولما قال الله تعالى ﴿ وقرن في بيوتكن ﴾ ٣٣ الاحزاب ، وإنما البيوت للازواج ، والسكنى عام يشمل البيت المملوك والمستأجر والمستعار جميعاً .

ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه . وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ،

(ولهذا) اي ولاجل وجوب اعتداده في المنزل الذي يضاف إليهن بالسكنى (ولو زارت أهلها وطلقها زوجها ، كان عليها ان تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام) اي وقال النبي ﷺ (للتي قتل زوجها ، اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة كلهم من طريق سعد بن اسحاق بن كعب بن عجزة عن عمته زينب بنت كعب بن عجزة ، ان الربيعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها انها جاءت إلى رسول الله ﷺ فسألته ان ترجع إلى أهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب عبد له ، ابقوا حتى إذا كان بطرق العروم ، لحقهم فقتلوه .

قالت ، فسألت رسول الله ﷺ ان أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك مسكناً ولا نفقة قالت ، فقال يا رسول الله ﷺ نعم . قالت فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة او في المسجد ناداني رسول الله ﷺ او أمر بي فنوديت له ، فقال كيف قلت ، فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي ، قال اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله . قالت فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشراً ، قالت فلما كان عثمان رضي الله تعالى عنه أرسل إلي ، فسألني عن ذلك ، فأخبرته فاتبعه وقضى به . وأخرجه الترمزي :

حدثنا الانصاري ، حدثنا معين ، حدثنا مالك عن سعد بن اسحاق إلى آخره ، ثم قال هذا حديث حسن صحيح أخرجه أبو داود والنسائي من طريق مالك ، وأخرجه ابن ماجة من رواية أبي خالد الأحمر . ورواه أحمد وإسحاق وأبو داود الطيالسي الشافعي ، وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم . ورواه ابن حبان في صحيحه ، وأخرجه الطحاوي من ثمان طرق . وقد طعن ابن حزم فيه ، بأنه من طريق زينب بنت كعب بن عجزة ، وهي مجهولة ولا روى عنها غير سعد بن اسحاق بن كعب وهو غير مشهور . وأجيب بأنه لا يلتفت إلى كلامه بعد أن حكم الترمذي بصحته .

وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم ، انتقلت ، لأن هذا انتقال بعذر . والعبادات تؤثر فيها الأعذار ، أو صار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد

وقال ابن المنذر ثبت دليل حديث فريعة في تصحيح الترمذي اياه توثيقها توثيق سعد ابن اسحاق ، ولا يضر الثقة أن لا يروى عنه إلا واحد . وقال ابن عبد البر ، حديث مشهور معروف عند علماء العراق والحجاز . واعلم أنه وقع في رواية يحيي بن يحيي عن مالك عن سعيد بن اسحاق بزيادة الباء بعد العين . وكذا وقع في رواية عبد الرزاق والبخاري في تاريخه ، ووقع في رواية الجمهور عن سعد بدون الباء ، وهو تصحيح بطرق القدوم بفتح القاف وضم الدال المخففة ، وهو اسم موضع على ستة أميال من المدينة .

وجاء في حديث آخر أن ابراهيم عليه السلام اختير بالقدوم قوله حتى يبلغ الكتاب أجله، يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك . فإن قلت حديث يشكل على المذهب ، وهو ما رواه الدارقطني عن محرب بن محرز عن أبي مالك النخعي عن عطاء بن السائب ، عن علي رضي الله عنه . قال أن النبي ﷺ أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت قلت قال الدارقطني ، لم يسنده غير أبي مالك النخعي ، وهو ضعيف . وقال ابن القطان ومحرب ابن محرز أيضاً ضعيف وعطاء مخلوط .

(وإن كان نصيبها دار الميت لا يكفيها) بأن كان نصيبها وحدها لا يكفيها (وأخرجها الورثة من نصيبهم) بأن لم يرضوا بسكناها (انتقلت لأن هذا انتقال بعذر ، والعبادات يؤثر فيها الأعذار) والدليل عليه ما روي ان علياً رضي الله تعالى عنه نقل ابنته أم كلثوم حين قتل عمر رضي الله تعالى عنه من بيت العدة ، لأن عمر رضي الله تعالى عنه كان يسكن في دار الإمارة ، وقد انتقلت الدار إلى عثمان رضي الله تعالى عنه (فصار كما إذا خافت على متاعها) في ذلك المنزل من سرقة أو نهب .

(أو خافت سقوط المنزل) عليها (أو كانت فيها باجر) يعني بأجرة (ولا تجد

ما تؤديه . ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث ، لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقاً يخاف عليها، فحينئذ تخرج ، لأنه عذر . ولا تخرج عما انتقلت إليه . والأولى أن يخرج هو ويتركها إن جعلا بينهما امرأة ثقة، تقدر على الحيلولة فحسن. وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج . والأولى خروجه. وإذا خرجت

ما تؤديه) أي لا تقدر على أدائها . وكذا إذا كانت في بعض الرساتيق ، فدخل عليها من السلطان أو غيره ، فلها أن تنتقل إلى المصر (ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث) أي ثلاث تطليقات (لا بد من سترة بينهما) أي بين الرجل والمرأة . قال في النهاية يعني إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد ، وكذا هذا في الوفاة ، إذا كان في ورثة من ليس بمحرم (ثم لا بأس) أي بعد وجود السترة ، لا بأس أن يسكنها في بيت واحد (لأنه) أي لأن الرجل مسلم (معترف بالحرمة) وحال من هو كذا يجتنب الحرام (إلا أن يكون فاسقاً) استثناء من قوله لا بأس مع السترة (يخاف عليها منه ، فحينئذ يخرج لأنه عذر) ولو كانت بينهما سترة ، فيكون ذلك المنزل ، كالمنزل الأول ، فلا تنتقل منه إلا ببعض الأعذار وهو معنى قوله :

(ولا تخرج عما انتقل إليه) أي ولا تخرج عن المنزل الذي انتقلت إليه . قالوا في شرح الجامع الصغير وإن أخرج الزوج فهو أولى وهو معنى قوله (والأولى أن يخرج الزوج) من بيت (ويترك المرأة) فيه احتراز عن الخروج .

(وإن جعلا) أي الزوجان (بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة) أي على كونها حائلة بينهما (فحسن) لحصول المقصود . وإن لم يجد امرأة ثقة ، فلها الانتقال إلى منزل آخر . ولو كان الزوج غائباً ، تعطى أجرة المنزل إذا طلبها صاحبها بإذن القاضي لترجع على الزوج .

(وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج) أي المرأة (والأولى خروجه) أي خروج الرجل، فيكتري منزلاً آخر لنفسه ، ويتركها في المنزل الذي وقعت فيه الفرقة (وإذا خرجت

المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر ، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام ، رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى ، بل هو بناء . وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن . معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً ، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج. إلا أن الرجوع أولى ، ليكون الاعتداد في منزل الزوج .

المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها) في بعض الطريق (فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بامتداد الخروج معنى) أي من حيث المعنى ، لأن خروج المعتدة ما دون السفر مباح (بل هو بناء على الخروج الاول إن كانت أي بينها وبين مصرها) ثلاثة أيام (رجعت إلى مصرها ، لأنه ليس بامتداد الخروج ، بل هو بناء على الخروج الأول وإن كانت) أي المعتدة (بينها وبين مصرها ثلاثة أيام . إن شاءت رجعت إلى مصرها وإن شاءت مضت) إلى مقصدها .

(سواء كان معها ولي أو لم يكن) أي معنى قول محمد ، لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير . وذكر محمد إن كانت ثلاثة أيام ، رجعت إلى مصرها ، وإن شاءت مضت معناه (إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً ، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج) أي الخوف عليها أكثر من خوف الخروج بغير محرم . كالتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر بغير محرم لخوفها على نفسها ودينها . فهذا في المفازة كذلك ، ولو كان المصر يقرب منها على غير طريق القافلة ، فليس لها أن تختلف عن القافلة . كذا في شرح الطحاوي .

(إلا أن الرجوع أولى) استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت ، أي الا أن الرجوع إلى مصرها أولى (فيكون الاعتداد في منزل الزوج) لأنه حينئذ تقع

قال إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر، فإنها لا تخرج حتى تعتد، ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة «رح». وقال أبو يوسف ومحمد «رح» إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد. لهما إن نفس الخروج مباح دفعاً لأذى الغربة ووحشة الوحدة. وهذا عذر. وإنما الحرمة للسفر، وقد انقطعت بالمحرم. وله أن العدة أمنع من الخروج من عدة المحرم، فإن للمرأة إن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم. وليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير محرم ففي العدة أولى

عدتها في المنزل الذي أمرت به في قوله ﷺ، اسكني في بيتك.

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر) استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت، يعني أن لها الخيار في ذلك، إلا إذا كانت المفارقة في مصر (فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج) يعني بعد انقضاء عدتها (إن كان لها محرم وهذا) أي المذكور (عند أبي حنيفة «رح»، قال أبو يوسف ومحمد إن كان معها محرم فلا بأس أن تخرج من المصر قبل أن تعتد) وهو قول أبي حنيفة أولاً (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن نفس الخروج مباح) بالاتفاق بدليل أنها تخرج إلى ما دون السفر بالاتفاق (دفعاً لأذى الغربة ووحشة الوحدة، فهذا عذر. وإنما الحرمة السفر وقد انقطعت) أي الحرمة (بالمحرم) أي بوجود المحرم، فصار السفر مع المحرم كما دون السفر بدون المحرم.

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم، فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى) بأن يحرم وفي المحيط البدوي طلق امرأته، فأراد نقلها إلى مكان آخر، فإن لم تتضرر، يتركها في ذلك الموضع في نفسها وما ليس له ذلك. وإن تضررت فله ذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات.

باب ثبوت النسب

ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق ، فتزوجها، فولدت ، ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها فهو إبنه وعليه المهر ، إما بالنسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح ، فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق . فكان العلوق قبله في حالة النكاح . والتصور

(باب ثبوت النسب)

أي هذا باب في بيان ثبوت النسب ، لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر واولات الأحمال ذكر ما يلزم من اعتداد اولات الاحمال ، وهو ثبوت النسب .

(ومن قال تزوجت فلانة فهي طالق ، فتزوجها فولد ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها) أي من وقت تزوجها ، لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد ، فيكون بمعنى الوقت ، يعني من غير زيادة ولا نقصان . وإنما قيد بهذا لأنها إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر وقت النكاح ، لا يثبت النسب ، لأنها جاءت بالولد بعد الطلاق ظاهراً ، فلا يثبت النسب ولا يجب العدة . وكذا إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، لا يثبت النسب أيضاً ، لأن العلوق يكون حينئذ قبل النكاح . (فهو ابنه وعليه المهر ، أما النسب) أي اما ثبوت النسب :

(فلأنها) أي فلأن المرأة (فراشه) قال ﷺ ، الولد للفراش وللعاهر الحجر أي لصاحب الفراش . والفراش العقد كذا فسره الكرخي (لأنها) أي لأن المرأة (لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت) أي بالولد (لأقل منها) أي من ستة أشهر (من وقت الطلاق ، فكان العلوق قبله) أي قبل الطلاق (في حالة النكاح ، والتصور

ثابت بأن تزوجها وهو مخالطها ، فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته . وأما المهر ، فلأنه لما ثبت النسب منه ، جعل واطئاً حكماً فتأكد المهر به . قال ، ويثبت نسب ولد المطلقة

ثابت) أي تصور الوطء والإعلاق ثابت ، وبين ذلك بقوله (بان تزوجها) أي بأن يتزوج هذه المرأة (وهو مخالطها) أي والحال أنه يجامعها ، يعني كأنه تزوجها وهو على بطنها والناس يسمعون كلامها (فوافق الإنزال النكاح) مقارناً للطلاق . وقال الأترازي ، إذ من الجائز أن يكون على بطنها ، وحالة الإنزال تزوجها والشهود عنده ، أو قد علقت من ساعته فيكون وقت النكاح ووقت الوطء ، واحداً .

(والنسب يحتاط في إثباته) هذا فيثبت هذا أيضاً جواب عما يقال ، هذا تصور بعيد وأمر نادر ينبغي أن لا يثبت النسب ، كما هو قول زفر وقول محمد أولا فأجاب بقوله ، والنسب يحتاط في إثباته ، فيثبت استحساناً لأنه يحتال في أمره كما ذكرنا .

ومن المشايخ من قال ، لا يحتاج إلى هذا التكليف ، وقيام الفراش كاف ، ولا يعتبر إمكان الدخول إذا النكاح قائم مقام الماء ، كما في تزوج المشرقي بالمغربية ، وبينهما مسيرة سنة ، فجاءت بالولد لستة أشهر يثبت النسب وإن لم يتوهم الدخول لبعده عنها ، قيل التصور شرط فيه . ولهذا لو جاءت امرأة الصغير بولد ، لا يثبت نسبه ، وفي حق المشرقي الإمكان موجود ، وكرامة الأولياء حق بأن يكون صاحب خطوة .

(وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئاً حكماً ، فيتأكد المهر بـه) أي بالوطء حكماً وهو أقوى من الخلوة ، فيجب المهر كاملا وقال الفقيه أبو الليث ، قال أبو يوسف في الأمالي ، ينبغي في القياس أن يجعل على الزوج مهر ونصف ، لأنه قد وقع الطلاق عليها ، فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول .

قال إلا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب إلا مهر واحد ، لأنا جعلناه بمنزلة الدخول في طريق الحكم ، فتأكد ذلك الصداق ، فاشتبه وجوب الزيادة (ويثبت نسب ولد المطلقة

الرجعة إذا جاءت بـــه لسنتين أو أكثر ، ما لم تقر بـانقضاء عدتهـا لاحتمال العلوق في حـالة العـدة ، لجواز أن تكـون ممتدة الطهر. وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة ، وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العـــدة . ولا يصير مراجعاً لأنـــه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده ، فلا يصير مراجعاً بالشك .

الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ، ما لم يقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أن تكون ممتدة الطهر).

فكان وطؤه اللازم من ثبوت النسب الواقع في العدة رجعة عليها (وإن جاءت به لأقل من سنتين ، بانت من زوجهـــا لانقضاء العدة) بوضع الحمل (وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة ، ولا يصير مراجعاً لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق،ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك) فإن قيل ينبغي أن يصير مراجعاً لأن الوطء هنا حلال ، فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات ، وهي حالة العدة إذ الأصل في الحوادث أن يحـــال أقرب الأوقات ، فتثبت الرجعة .

قلنا في ذلك العمل ، أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعاً دون الإشهاد بالفعل . فأجل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحالته كذا في المبسوط لشيخ الإسلام ، وهذا كله إذا لم تقر بانقضاء العدة البائن أو الرجعي . أما لو قرت بالإنقضاء ، والمدة تصلح لثلاثـة اقراء عند أبي حنيفة ستون يوماً وعندهما تسعة وثلاثون يوماً ، فإن ولدت لأقل من ستـة أشهر من وقت الإقرار ، يثبت النسب لتيقنهـا ببطلان الإقرار إن ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يثبت . وكذا المتوفى عنها زوجها،لو أقرت بانقضاءالعدةبعد اربعة أشهر وعشراً فهي على هذا التفصيل . وإن لم تقر ، يثبت النسب إلى سنتين ، لأن عدة الوفاة يحتملهـا الانقضاء ، بانقضاء أربعة أشهر وعشراً بوضع الحمل .

وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، كانت رجعة لأن العلوق بعد الطلاق . والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها ، فيصير بالوطء مراجعاً والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين ،لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق ، فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ، فيثبت النسب احتياطاً . وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة ، لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق ، فلا يكون

(وإن جاءت به) أي بالولد (لأكثر من سنتين كانت رجعة ، لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر انه منه) أي أن الولد من الرجل (لانتفاء الزنا منها) أي لأجل انتفاء الزنا منها حملا لحالها على الصلاح (فيصير بالوطء مراجعاً) فإن قيل هاهنا وجه آخر من غير أن يلزم الزنا منها بأن يحمل امرها على التزوج بآخر بعد انقضاء العدة . فإن قالت ، والحال أنها لم تزوج ، قلنا والحال انه لو وطئها في العدة ، إذ لو وطئها تثبت الرجعة من غير تقرير هذا التكليف . فلما كان كذلك ، كان حمل أمرها على التزوج بآخر أولى ، لما فيه من رعاية الأصل ، وهو انه لا يثبت الرجعة بالشرك ، قلنا نعم كذلك إلا أن الحكم في النكاح الأول اسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر .

قال الأكمل ، وفيه نظر ، لأنه غير واقع ، بل هو التزام سؤال . والصواب في الجواب ، أن المراد بقوله لانتفاء الزنا عنها لازمة وهو تضييع الولد ، فيكون ذلك الملزوم وإرادة اللازم وهو مجاز . وحينئذ يندفع السؤال لأنا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول ، بقي الولد ضائعاً . فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما في معناه فيه .

(والمبتوتة) أي المطلقة طلاقاً بائناً أو ثلاثاً (يثبت نسب ولدها إذا جاءت به ،لأقل من سنتين ، لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً) أي ثابتاً (وقت الطلاق فلايتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ،فيثبت النسب احتياطاً . وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة ،لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق) وإلا لزاد أكثر مدة الحمل سنتين وهو باطل (فلا يكون

منه ،لان وطأها حرام . إلا أن يدعيه لانه التزمه وله وجه ، بأن وطأها بشبهة في العدة . فإن كانت المبتوتة صغيرة ، يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يثبت النسب منه إلى سنتين ، لانها معتدة ، تحتمل أن تكون حاملاً ، ولم تقر بانقضاء العدة ، فأشبهت الكبيرة

منه لأن وطأها حرام إلا أن يدعيه) استثناه من قوله لم يثبت ، أي لم يثبت النسب إذا جاءت المبتوتة بولد تمام سنتين ، إلا أن يدعيه أي إلا أن يدعي الزوج الولد (لأنه التزمه) أي لأنه التزم النسب عند دعواه .

(وله وجه) شرعي (بأن وطأها بشبهة في العدة) والنسب يحتاط في إثباته ، فيثبت . قيل هذا مناقض لرواية كتاب الحدود حيث قال إن النسب لا يثبت بالوطء في عدة المبتوتة ، أجيب بأنه يمكن أن تحمل المبتوتة في كتاب الحدود على المبتوتة بثلاث أو على مال لا على المبتوتة بالكنايات ، فحينئذ يندفع التناقض لمكان الاختلاف في وقوع البائن في الكنايات . ولهذا قيده صاحب الكتاب في الحدود بطلاق البائن على مال ،وهل يحتاج لتصديق المرأة أم لا . قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيه روايتان ، في رواية يحتاج إلى تصديقها وفي رواية لا يحتاج . ولم يذكره السرخسي في شرح الكافي والبيهقي في الشامل .

(فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر) أي من وقت الطلاق ، وهي لم تقر بانقضاء العدة . اما لو اقرت بالانقضاء بثلاثة أشهر ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، يثبت لأنا عرفنا بطلان الإقرار إذ في بطنها ولد .

(لم يلزمه) اي يلزم النسب (حتى تأتي به) اي بالولد (لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف يثبت النسب منه إلى سنتين لأنها معتدة ، يحتمل أنتكون حاملا ، ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ما قيل أن الكلام في

ولهما أن لانقضاء عدتها جهة معينة وهو الاشهر فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء ، وهو في الدلالة فوق إقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله ، وإن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً ، فكذلك الجواب عندهما وعنده

المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة ، فتحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق ، فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل . ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر . وإذا كانت كذلك ، كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها في سنتين .

(ولهما) اي ولأبي حنيفة ومحمد (أن لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الأشهر) لقوله تعالى ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق (فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء وهو) اي الشرع بالإنقضاء (في الدلالة) بالانقضاء (وهو) اي حكم الشرع بالانقضاء (وهي) اي حكم الشرع (فوق إقرارها) اي في الدلالة على انقضاء العدة فوق إقرار المرأة (لأنه) اي لأن حكم الشرع (لا يحتمل الخلاف والإقرار) اي إقرار المرأة (يحتمله) اي الخلاف والكذب.

فإن قيل يشكل عليه المتوفى عنها زوجها ، فإن لعدتها جهة معينة ، وهي أربعة أشهر وعشراً ، ما لم يكن فيه الحبل ظاهر . ثم هناك ما يثبت إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة وإلا يحكم بالانقضاء بالأشهر ، هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع . فكذا هنا قلنا لا يشكل لانقضاء عدتها جهة أخرى وهي الحبل ، إذا الأصل في الكبيرة الإحبال ، وهنا لأن الأصل في الصغيرة عدم الإحبال في الكبيرة أيضاً، لا نقول ذلك في حق غير المنكوحة، فلا تعتد إلا للإحبال فكان الأصل فيه الإحبال كذا في المبسوط .

(وإن كانت) اي الصغيرة مطلقة طلاقاً رجعياً ، فكذلك الجواب عندهما ، اي عند أبي حنيفة ومحمد يعني إن ولدت لأقل من تسعة أشهر يثبت النسب وإلا فلا (وعنده) اي عند أبي يوسف (يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً ، لأنه يجعل وطئاً في آخر العدة ، وهي الثلاثة الأشهر ، ثم تأتي به لأكثر من مدة الحمل ، وهو سنتان . فإن كانت الصغيرة ادعت

يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً ، لأنه يجعل واطئاً في آخر العدة ، وهي ثلاثة الاشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان . وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة ، فالجواب فيهاوفي الكبيرة سواء لأن بإقرارها حكم ببلوغها . ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين . وقال زفر إذ جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر ، لا يثبت النسب ، لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة ، فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة ،

الحبل في العدة ، فالجواب فيها وفي الكبيرة ، سواء لأن بإقرارها حكم ببلوغها) معناه ، أعرف بأمر عدتها ، فيحكم بإقرارها ببلوغها) فيثبت نسب ولدها لأقل مدة تبين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهراً في الرجعي ، وبه صرح في شرح الطحاوي.

(ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين) هذا إذا لم يكن المتوفى عنها زوجها صغيرة ، لأن نسب ولدها يثبت إذا ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ، وإذا ولدت لأكثر من ذلك ، لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف .

(وقال زفر ، إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر ، لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة) لأنه لما لم يكن الحبل ظاهراً فقد حكم الشرع بالانقضاء بمضي أربعة أشهر وعشراً وذلك أقوى من أقرارها (فصار كما إذا أقرت بالانقضاء) ثم بعد انقضاء العدة ، وإذا ولدت لأقل من ستة أشهر يثبت النسب لا بالقضاء بوجود الحبل قبل انقضاء العدة وإذا ولدت لأكثر من ذلك فلاحتمال حدوث الحبل فلا يثبت النسب بالشك (كما بينا في الصغيرة) أشار به إلى قوله لأن لانقضاء عدة جهة معينة .

إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى، وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحل، لأنها ليست بمحل قبل البلوغ، وفيه شك. وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه، لأنه ظهر كذبها بيقين، فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر، لم يثبت لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده. وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة. وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة «رح» إلا أن يشهد بولادتها رجلان

(إلا أنا نقول) اي غير أنا نقول (لانقضاء عدتها جهة أخرى، وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة، لأن الأصل فيها) اى في الصغيرة (عدم الحل لأنها ليست بمحل) اى لأن الصغيرة ليست بمحل الحمل (قبل البلوغ وفيه) اى في الصغيرة (شك) وكان الصغر ثابتاً فلا يزول بالشك.

(وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه) يعني من وقت الإقرار (لأنه ظهر كذبها بيقين، فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت) وقال الشافعي يثبت منه إلا أن تكون قد تزوجت، فيثبت من الثاني لو تأتي به لأكثر من أربعة سنين. وقوله إذا اعترفت المعتدة يتناول كل معتدة عن وفاة او عن طلاق بائن او رجعي، لأنه أطلق المعتدة ولم يقيدها (لانا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ) أراد به قوله وإذا اعترفت المعتدة (بإطلاقه يتناول كل معتدة) وقد ذكرناه الآن قبل ذكر المرغيناني وقاضي خان أن الآية لو أقرت بانقضاء عدتها، ثم جاءت لاقل من سنتين، ثبت نسب ولدها، فلم يتناول كل معتدة. وقال الكاكي إلا أن قوله كل معتدة غير الآيسة.

(وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان

أو رجل وامرأتان ، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر ، أو اعتراف من قبل الزوج ، فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة

او رجل وامرأتان ، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج) بكسر القاف وفتح الباء الموحدة (فيثبت النسب من غير شهادة) ثم قوله المعتدة باطلاقها يتناول المعتدة عن وفاة او عن طلاق رجعي او بائن . ولهذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ، وإن ادعت أنها ولدت وذلك بعد الوفاة او طلاق بائن لم يثبت ذلك إلا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين عند أبي حنيفة وكذلك بعد الطلاق الرجعي .

(وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) مسلمة عدلة حرة . وبه قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة ، وعند مالك وابن أبي ليلى يثبت بشهادة امرأتين . وعند زفر لا يثبت بشهادة النساء ، وعندهما يشترط الحرية ولفظ الشهادة ، ولا يشترط الذكورة والعدة . وذكره في المبسوط . وقال فخر الإسلام يثبت بشادة القابلة عند أبي يوسف ومحمد ، وفي المختلف لا تقبل شهادة القابلة على الولادة ، إلا بمؤيد وهو ظهور الحبل وإقرار الزوج بالحبل او قيام الفراش.

يعني أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج . وفي تعليق الطلاق بالولادة ، لا تقبل إلا ببينة ، ولا تقبل شهادة القابلة إلا عند ما ذكرنا من القرائن ، وعندهما يقضي بشهادة القابلة وحدها . الى هنا لفظ المختلف . وفي المحيط لا يشترط العدد لئلا يكثر النظر الى العورة . وقال مشايخ خراسان يشترط لفظ الشهادة لانها موجبة على غيره . وعند مشايخ العراق لا يشترط ، وفي قاضي خان . وعلى هذا الخلاف كل ما يطلع عليه الرجال . وأجمع أصحابنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة القابلة ، عند قيام النكاح ، واختلفوا بعد الموت والطلاق ، فعند أبي حنيفة لا يثبت وعندهما يثبت .

لأن الفراش قائم بقيام العدة ، وهو ملزم للنسب . والحاجة إلى تعيين الولد أنه منهـــا ، فتعيين بشهادتها كما في حال قيام النكاح . ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل . والمنقضي ليس بحجة، فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء ، فيشترط كمال الحجـة ، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صـدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعين ثبت بشهادتها. فإن كانت معتدة عن وفاة وصدقها الورثة في الولادة ، ولم يشهد على الولادة أحد ، فهو ابنه في قولهم جميعـــاً .

(لان الفراش قائم بقيام العدة وهو) اى قيام الفراش (ملزم للنسب) وبغير الفراش كونها متعينة الى الزوج حتى أن كل ولد يحدث منها يثبت نسبه (والحاجـــة الى تعيين الولد) اى الحاجة هنا في اثبات النسب الى تعيين الولد (فيتعين بشهادتها) اى بشهـــادة القابلة (كما في حال قيام النكاح) واقرار الزوج بالحبل وظهور الحبل (ولابي حنيفـة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل، والمنقضي ليس بحجة)يعني الذي انقضى ليس بحجة، والحجة هو القائم (فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء)بانقضاء(فيشترط كمال الحجة) لان المرأة لما ولدت صارت أجنبية لانقضاء عدتها ونسب ولد الاجنبية من الاجنبي ، لا يثبت الا بحجة تامة ، فلا يقضى بشهادة القابلة وحدها (بخلاف ما اذا ظهـر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتهـــا) أي بشهادة القابلة ، لأنه عليه السلام أجاز شهادة القابلة على الولادة .

(وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ، ولم يشهد على الولادة أحد، فهو ابنه في قولهم جميعاً) ويرثه بمعنى تصديق الورثة أن يقروا به جميعاً . أو أقر جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بأن كان رجلان منهم او رجل وامرأتان منهم ، وجب الحكم باثبات النسب حتى يشارك المصدقون والمنكرون . ذكره البزدوي والتمرتاشي . وقـــال

وهذا في حق الإرث ظاهر ، لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم . أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم ، قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة . ولهذا قيل تشترط لفظ الشهادة . وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط

الاسبيجابي هذا جواب الاستحسان . وفي القياس لا يثبت لانهم يقرون على الميت بالنسب فلا يقبل .

وقال شمس الأئمة في تعليل المسألة الوارثون قائمون مقام الزوج ومن قال الزوج أنها ولدته يثبت النسب ، فكذا تصديق الورثة بعد موته . وهذا لأن ثبوت النسب باعتبار الفراش ، وذلك باق ببقاء العدة بعد موته و الحاجة إلى الشهادة ليظهر له ولادتها ، فيصان الولد ، وقد حصل ذلك بتصديق الورثة بل باعتبار الضرر .

(وهذا) اي تصديق الورثة (في حق الإرث ظاهر ، لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم) واختلف مشايخنا في أن لفظ الشهادة هل يشترط من الورثة أم لا . قال بعضهم يشترط بعد ان يكون في مجلس الحكم كذلك . قال فخر الإسلام وذلك لأن النسب لا يثبت في حق الناس كافة إلا بلفظ الشهادة . وقال بعضهم لا يشترط واليه ذهب الفقيه أبو الليث .

(أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم) أي في حق غير المصدقين وغيرهم هم المنكرون من الورثة وغيرهم الميت (قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة) بان كانوا ذكوراً أو إناثاً لم يثبت النسب في حق غيرهم ، حتى يشارك الولد المنكرين أيضاً في الإرث ويطلب غريم الميت بدينه (ولهذا) أي ولاشتراط كونهم من أهل الشهادة (قيل يشترط أيضاً لفظ الشهادة ، وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع الثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط) كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الإقامة .

وإذا تزوج رجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها ، لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح ، فلا يكون منه. وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ، يثبت نسبه منه، إعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة ، فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بولادة ، حتى لو نفاه الزوج يلاعن ، لأن النسب يثبت بالفراش القائم. واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورية وجود الولد ، فإنه يصح بدونه .

(وإذا تزوج الرجل المرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة اشهر ، منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه ، لأن العلوق سابق على النكاح ، فلا يكون منه . وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ، يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لان الفراش قائم والمدة) اي مدة هذا الحمل من وقت النكاح (تامة) فيثبت النسب (فإن جحد الولادة) أي فإن انكر الزوج الولادة (يثبت) اي النسب بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة . وأراد بامرأة واحدة حرة مسلمة . وبه صرح في المبسوط.وهاهناخلاف بين العلماء ذكرناه عن قريب (حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لأن اللعان بالقذف (لان النسب يثبت بالفراش القائم) ولا ينتفي باللعان على تقيد في مدة يصح نفيه فيها . وقد مر بيان المدة في باب اللعان . (واللعان إنما يجب بالقذف) هذا جواب عما يقال اللعان هنا إنما يجب بنفي الولد ،والولد يثبت بشهادة القابلة . وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد ، والحد لا يثبت بشهادة النساء . وأجاب بقوله :

(واللعان إنما يجب بالقذف) والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى . والقذف لا يستلزم وجود الولد ، فإنه يصح بدونه فلم يضر الولد الثابت بشهادة القابلة (وليس من ضرورته) اي من ضرورة اللعان (وجود الولد فإنه يصح بدونه) أي بدون الولد .

فإن ولدت ثم اختلفا ، فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة ، وقالت هي منذ ستة أشهر ، فالقول قولها وهو إبنه لأن الظاهر شاهد لها ، فإنها تلد ظاهراً من النكاح لا من سفاح ، ولم يذكر محمد الاستحلاف ، وهو على الاختلاف . وإن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق ، فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك . قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه

(فإن ولدت ثم اختلفا ، فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر ، وقالت هي منذ ستة اشهر ، فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها ، فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح) وهو الزنا لا يقال الظاهر شاهد له أيضاً ، لان الاصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الازمان ، فتعارضا ، فلا بد من دليل الترجيح لانا نقول الحوادث هو لزوم حمل أمرها على الفساد تقوير اعتبار قول الزوج ولا يجوز ذلك .

(ولم يذكر محمد الاستحلاف) أي ان المرأة تستحلف أم لا (وهو على الاختلاف) المذكور في الاشياء الستة ، فتستحلف عندهما خلافاً لابي حنيفة ، لان الإختلاف وقع في النسب والنكاح .

(وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق ، فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة ، وقالا تطلق لان شهادتها) اي لان شهادة المرأة (حجة في ذلك) أي في باب الولادة وهنا قيدان تركهما المصنف فلا بد من ذكرهما . أحدهما عدم إقرار الزوج بالحمل ، والآخر عدم كون الحبل ظاهراً . وهنا مسألتان إما أن يقر الزوج بالحبل أو لا يقر به ، فإن لم يقر به لا يقع الطلاق بقولها ولدت ، ولا يثبت النسب بالاتفاق إذا لم تشهد القابلة . أما إذا شهدت وقع الطلاق .

(قال عليه السلام شهادة للنساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه) هذا حديث

ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق. ولأبي حنيفة «رح» أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة، وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق، لانه ينفك عنها. وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة «رح»، وعندهما تشترط

غريب، فلذلك لم يذكره أكثر الشراح. وقال مخرج الاحاديث روى ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع، حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن الزهري، قال مضت السنة أن يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء منهن. ويجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال، وامرأتان فيما سوى ذلك. ورواه عبد الرزاق في مصنفه. أخبرنا ابن جريج عن الزهري فذكره.

(ولانها) أي ولان المرأة أعني القابلة (لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق) لان وقوع الطلاق متعلق بها (ولابي حنيفة انها) أي ان المرأة التي هي الزوجة (ادعت الحنث) على الزوج وهو وقوع الطلاق والزوج ينكر ذلك (فلا يثبت إلا بحجة تامة) أي كاملة. وهذا إشارة إلى عدم ثبوت دعوى المرأة إلا بحجة كاملة (لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة) لأن مجلس الولادة لا يطلع عليه الرجال. والثابت بالضرورة لا يتعدى موضع الضرورة (فلا يظهر في حق الطلاق لأنه) أي لأن الطلاق (ينفك عنها) أي عن الولادة في الجملة يعني يوجد بدونها. وكذا الولادة توجد بدون الطلاق وإن صار الطلاق هنا من لوازمها، كمن اشترى لحماً، فشهد مسلم أنه ذبيحة مجوسي قبلت ذبيحته في حرمة الأكل، ولا يثبت تمجس الذابح في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد، كذا في جامع قاضي خان.

(وإن كان الزوج قد أقر بالحبل) يعني إذا أقر الزوج بالحبل، ثم علق طلاقها بالولادة، فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج (طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط

شهادة القابلة ، لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث ، وشهادتها حجة فيه على ما بينا . وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة . ولأنه أقر بكونها مؤتمنة ، فيقبل قولها في رد الأمانة . قال وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة « رض » الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل ،

شهادة القابلة لأنها لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه) أي شهادة القابلة حجة في الحنث (على ما بينا) يعني في المسألة الأولى .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضى إليه) أي بالشيء الذي يفضي الحبل إلى ذلك الشيء (وهو الولادة) الضمير في وهو يرجع إلى ما (ولأنه أقر بكونها مؤتمنة) لأنه علق طلاقها بأمر كائن وهو الولادة . والقول قول المؤتمن في دعوى رد الأمانة (فيقبل قولها في رد الأمانة قال) أي القدوري (وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله تعالى عنها ، الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل) أخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك :

حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة « رض » قال أتزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ لا يكون الحمل أكثر من سنتين . وأخرج الدارقطني أيضاً من جهة البيهقي عن الوليد بن مسلم ، قالت ، قلت لمالك بن أنس حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل ، قال كان من يقول هذا ، هذه جاءتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدوق ، وزوجها رجل صدوق ، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن في أربع سنين قوله ولو بظل مغزل أي بقدر كمث ظله حال الدوران ، لأن ظله حال الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال ، والغرض المبالغة في تعليل المدة . وفي بعض النسخ ولو بفلك مغزل وهو رواية المبسوط ، والإيضاح أي بدور فلكة مغزل . وفي شرح الإرشاد ولو بدور ظله مغزل .

وأقله ستة أشهر لقوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ١٥ الأحقاف ، ثم قال ﴿ وفصاله في عامين ﴾ ١٤ لقمان ، فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي يقدر الاكثر بأربع سنين والحجة عليه ما رويناه . والظاهر أنها قالته سماعاً ، إذ العقل لا يهتدي إليه . ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها ، فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه ، وإلا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة ، فإن العلوق سابق على الشراء . في الوجه الثاني

(وأقله ستة أشهر لقوله عز وجل ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ١٥ الأحقاف ثم قال الله تعالى ﴿ وفصاله في عامين ﴾ ١٤ لقمان ، فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي «رض» يقدر الأكثر) أي أكثر مدة الحمل (بأربع سنين) وبه قال مالك في المشهور وأحمد كذلك . وقال عبادة خمس سنين ، وقال الزهري ست سنين ، وقال ربيعة بن عبد الرحمن سبع سنين ، وقال الليث ثلاث سنين ، وبقولنا قال الثوري والضحاك بن مزاحم وهو ابن حيان وأحمد في رواية .

(والحجة عليه) أي على الشافعي (ما رويناه) وهو حديث عائشة (والظاهر انها قالته سماعاً) أي الظاهر أن عائشة قالت الحديث المذكور من حديث السماع عن النبي ﷺ (إذ العقل لا يهتدي إليه) يعني العقل لا يدرك هذا ، لأن ما في الرحم لا يعلمه إلا الله تعالى .

(ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها) يريد به طلاقها بعد الدخول ، إذا لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن يجيا لأقل من ستة أشهر منذ فارقها (فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه) أي الولد (وإلا لم يلزمه) أي وإذا جاءت به لأكثر من ذلك لم يلزمه (لأنه في الوجه الأول) أراد به ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر ، ولد المعتدة (فإن العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني) أراد به ما إذا ولدته

ولد المملوكة لانه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة ، وهذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً . أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق ، لانها حرمت عليه حرمة غليظة ، فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله ، لانها لا تحل بالشراء . ومن قال لامته ، إن كان في بطنك ولد فهو مني ، فشهدت على الولادة امرأة ، فهي أم ولده لان الحاجة إلى تعين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع

لستة أشهر أو اكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته) وهو وجوب وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوى وهو معنى قوله (فلا بد من دعوة) يعني لا يثبت النسب إلا بأن يدعيه .

(وهذا) أي هذا الحكم الذي ذكرناه (فيما إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً ، أما إذا كان) أي الطلاق (اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت حرمة غليظة) بطلقتين ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره (فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله) أي ما قبل الطلاق وهو أبعد الأوقات (لأنها لا تحل بالشراء) إذ الوطء لا يحل له قبل الشراء لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بالسنتين . وإذا لم يحل وطؤها بملك اليمين لا يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات ، إذ في القضاء بالعلوق إلى أقرب الأوقات يلزم حمل أمر المسلم على الحرام ، وهو الممكن للوطء الحرام من المولى .

فإن قيل وجب أن يحل بقوله تعالى ﴿ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾ ٦ المؤمنون ، قلنا لا تحل لقوله تعالى ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، والثانية في الأمة كالثلاث في الحرة . وإذا لم يحل وطأها ، فلا يضاف إلى أقرب الأوقات ، بل يضاف إلى الأبعد ، وهو ما قبل الطلاق ، فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين منذ الطلاق .

(ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني ، فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده) أي بالإجماع (لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع)

ومن قال لغلام هو ابني،ثم مات ، فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته، فهي امرأته وهو إبنه ويرثانه . وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان. والقياس أن لا يكون لها الميراث ، لان النسب كما يثبت بالنكاح، الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقراراً بالنكاح

أي باتفاق أصحابنا . وبه قال أحمد وقد مر الخلاف فيه ، وهذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار . ولو ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة الولي ، فلم يكن المولى مدعياً لهذا الولد بخلاف الأول لتيقنا ببقائه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى ، هذا في جامع قاضي خان .

وقال الاترازي ومثله مسألة كتاب العتاق وإن قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة أشهر لم يعتق ، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر عتق . وكان ينبغي لك أن تعرف انه فيما إذا قال إن كان في بطنك ولداً . وقال إن كان بها حبل فهو مني بلفظ التعليق . أما إذا قال هذه حامل مني يلزمه الولد ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين حتى ينفيه ، وبه صرح في الأجناس في كتاب الاعتاق .

(ومن قال لغلام هو ابني ثم مات ، فجاءت أم الغلام فقالت أنا امرأته ، فهي امرأته وهو ابنه ويرثانه) أي الأم والابن يرثان الميت (وفي النوادر جعل) أي محمد (هذاجواب الاستحسان ، والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح ، يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة ، وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقراراًبالنكاح) واعترض انه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الإستحسان ، لأن هذا النكاح يثبت اقتضاء ، فيثبت بقدر الضرورة ، وهو تصحيح النسب دون استحقاق الإرث .

وأجيب بأن النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث والنكاح ليس بسبب له ، فلا يثبت النكاح بطريق الاقتضاء ، وثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعاً ، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض .

وجه الاستحسان . إن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام . والنكاح الصحيح وهما المتعين لذلك وضعاً و عادة ولو لم يعلم بأنها حرة ، فقالت الورثة أنت أم الولد ، فلا ميراث لهـــا لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث.

(وجه الإستحسان أن المسألة فيما إذا كانت) أي أم الغلام (معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام) قيد بكونها معروفة بالحرية لأنها لو لم تكن معروفة بأنها حرة من الأصل لا ترث . لأن للورثة أن يقولوا ، إن كنت ام الولد لمورثنا إنما عتقت بموته . غاية مـــا في الباب أنها حرة في الحال ، والتمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم في الماضي يصلح للدفع لا للاثبات ، فيندفع عنها الرق ولا يثبت الإرث ، وقيد أيضاً بكونها أم الغلام ، لأنه إذا لم يثبت أنها أم الغلام فلا ترث .

(والنكاح الصحيح وهما المتعين لذلك) أي لثبوت النسب (وضعاً وعادة) أي من حيث الوضع ، ومن جهة الشرع ، ومن حيث العادة بالشهرة بين الناس (ولو لم يعلم أنها حرة ، فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) قد قررنا هذا لان قولنا فيه بكونهـــا معروفة الحرية (لان ظهور الحرية باعتبار الدار) أي دار الإسلام (حجة في دفع الرق لا في استحقاق الإرث) لان الإرث لا يثبت إلا بنسب صحيح . وقال التمرتاشي لاميراث لها ، ولكن لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول بهـــا ، ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم ، وقال الاترازي وفيه نظر . لان الدخول إنما يوجب بمهر المثل في غير صورة النكاح ، إذا كان الوطء عن شبهة ، ولم يثبت النكاح هنا . والاصل عدم الشبهة ، فبأي دليل يحمل على ذلك ، فلا يجب مهر المثل .

* * *

باب حضانة الولد ومن احق به

و إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فالام أحق بالولد ، لما روي أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حوى ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنـــه ينزعه مني . فقال عليه السلام ، أنت أحق به ما لم تتزوجي .

(باب في تربية الولد)

اي هذا باب في بيان حكم الولد في الحضانة والتربية لمن هو (ومن أحق به) لأن الولد عاجز عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه ، فجعل الشرع الولاية إلى من هو متفق عليه، فجعل ولاية التصرف إلى الأب لقوة رأيه مع النفقة ، وحق الحضانة إلى الام لرفقها ، في ذلك مع الشفقة عليه ، وهي أقدر على ذلك للزومها البيت ، وكونها أشفق، ثم المناسبة بين الناس ظاهرة لا تحتاج إلى بيان .

(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فالأم أحق بالولد) سواء كانت كتابية أو مجوسية، لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ﷺ ، ان ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجرى له حوى ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال ﷺ ، أنت أحق به ما لم تتزوجي) هذا الحديث رواه أبو داود في سننه . حدثنا محمد بن خالد السلمي ، حدثنا الوليد عن أبي عمرو ، ويعني الأوزاعي، حدثنا عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو ، ان امرأة قالت يا رسول الله ﷺ ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد ان ينزعه مني ، فقال لها عليه السلام أنت أحق به ما لم تنكحي .

ورواه الحاكم ، وصحح إسناده ، قالوا عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو

ولان الام أشفق وأقدر على الحضانة، فكان الدفع إليها أنظر. وإليه أشار الصديق «رض» ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر «رض» قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته، والصحابة حاضرون متوافرون

ابن العاص، فإذا أراد بجده محمد، كان الحديث مرسلا، وإذا أراد به عبدالله، كان الحديث متصلا، وهنا قد صرح عن جده عبد الله، فالحديث متصل صحيح وعمرو وشعيب ومحمد كلهم ثقات. قولها وحجري بفتح الحاء وكسرها، حجر الإنسان، والحوى بكسر الحاء المهملة وتخفيف الواو بيت من الوبر والجمع الأحوية كذا في الصحاح.

وقال ابن الأثير الحوى اسم المكان الذي يحوي الشيء اي يضمه ويجمعه، هكذا فسره في هذا الحديث، ثم قال الحوى بيوت مجتمعه من الناس، والجمع أحوية، فسره في حديث آخر والسقاء بالكسر الدلو.

(لان الأم أشفق عليه وأقدر على الحضانة) مأخوذ من الحضن وهو ما دون الابطال الكشح، وحضن الشيء جانباه، وحضن الطائر وبيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكان المربي للولد يتخذه في حضنه ويضمه إلى جانبه (فكان الدفع إليها أنظر) اي فكان دفع الولد إلى أمه أنظر في حقه يعني أقوى نظراً في حاله من غيره.

(وإليه) اي إلى هذا المعنى (أشار الصديق) اي أبو بكر الصديق رضي الله تعالى عنه بقوله (ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر «رض»، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته، والصحابة حاضرون متوافرون) هذا غريب بهذا اللفظ، وقصته ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، حدثنا محمد بن بشر، حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه طلق أم عاصم، أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد ان يأخذه منها، فتجادلاه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه فقال، مسحها وحجرها وريحها خير له منك يا عمر «رض» حتى يشب الصبي فيختار لنفسه.

والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها ، لانها عست تعجز عن الحضانة . فإن لم تكن له أم ، فأم الام أولى من أم الاب . وان بعدت لان هـــذه الولاية

ورواه عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن عاصم عن عكرمة قال ، خاصمت امرأة عمر رضي الله تعالى عنه إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه وكان طلقها ، فقال أبو بكر رضي الله تعالى عنه هي أعطف وألطف وأرحم وأحسن وأرأف، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج. وتفسير الذي ذكره المصنف قوله، ريقها اي ريق أم عاصم امرأة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه واسمها جميلة وقوله من شهد بضم الشين وفتحها ، عسل في شمعه. وفي المبسوط ريحها وفي رواية ريح رقاعها وهو ثوب تشتمل به المرأة ، خير له من سمن وعسل عندك يا عمر ، فدعه عندها . وقضى به بحضرة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع .

(والنفقة على الأب على مانذكر) أي نفقة الولد على أبيه على مـــا يأتي في باب النفقات (ولا تجبر الأم عليها) أي على الحضانـــة ، وفي بعض النسخ عليه أي على الولد ، يعني إذا طلبت فهي أحق ، وإذا أبت لا تجبر على الأخذ (لأنها عست تعجز عن الحضانة) وبـــه قال الشافعي وأحمد والثوري ومالك في رواية . وفي رواية تجبر . وبه قال ابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح وأبو ثور ، واختاره أبو الليث والهندواني من أصحابنا . والمشهور عن مالك لا تجبر في الشريعة التي لا عادة لها بإرضاع الولد ، وإن كانت ممن ترضع تجبر . فإن توجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجزت بلاخلاف ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع .

(فإن لم يكن له أم) أي فإن لم يكن للولد أم ، بـــأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ميتة (فـأم الأم أولى وإن بعدت) أي وإن علت عند الجمهور ، وعن أحمد ، أم الولد أولى وهو ضعيف لأن أم الولد تدلى بالأم ، وهي مقدمة على الكل، فما دامت واحدة منهن من جانب الأم قائمة فهي أحق (لأن هذه الولاية) أي ولايـــة

تستفاد من قبل الامهات ، فإن لم تكن أم الام ، فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات . ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولادة . فإن لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ، ولهذا قدمن في الميراث . وفي رواية الخالة أولى من أخت الاب لقوله عليه السلام الخالة والدة ،

الحضانة (تستفاد من قبل الأمهات) لما مر من وفور شفقتهن ، فمن كانت تدلى إليه بأم ، فهي أولى من تدلى بأب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة ، لأن الحضانة باعتبار الشفقة . وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى .

(وإن لم تكن) أي الأم (فأم الاب أولى من الاخوات) من أم أو أب ، لان استحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم . قلنا هذه في نفسها كأم الام والام مقدمة على غيرها في الحضانة . ولهذا تجوز ميراثها من السدس وأصل الشفقة باعتبار الولادة ، وذلك للجدات دون الاخوات . وعن مالك الخالة مقدمة على الجدة لاب (لأنها من الأمهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس) أي تحرز ميراث الامهات . هذا إيضاح لكون أم الاب من الامهات ، انها تحرز السدس في الميراث وهو ميراث الام .

قال الاترازي فيه نظر ، لان ميراث الام إنما يكون هو السدس إذا كان معها ولداً وولد الإبن والاخوة ثنتان من الاخوة والاخوات . وهنا عند عدمهم أيضاً ، يكون للجدة السدس ، وميراث الام عند عدمهم ثلث الجميع أو ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين .

(ولانها) اي ولان ام الاب (اوفر شفقة للولادة) اي لاجل الولادة (فإن لم تكن جدة ، فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن) اي الاخوات (بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية) أي في رواية كتاب الطلاق (الخالة أولى من أخت الاب لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (الخالة والدة) هذا الحديث رواه البخاري عن البراء بن عازب في حديث طويل عن النبي ﷺ ، الخالة بمنزلة الأم . رواه أبو داود من حديث علي رضي الله تعالى عنه بلفظ الخالة أم . وروى الطبراني من حديث ابن مسعود

وقيل في قوله تعالى ﴿ ورفع أبويه على العرش ﴾ ١٠٠ يوسف ، أنها كانت خالته ، وتقدم الاخت لاب وأم لانها أشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات أولى من العمات ترجيحاً لقرابة الام ، وينزلن كما نزلن الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ، ثم قرابة الأم ثم العمات ينزلن كذلك .

رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ ، الخالة والجدة . وكذا رواه العقيلي من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه .

(وقيل في قوله تعالى ﴿ ورفع أبويه على العرش ﴾ ١٠٠ يوسف (أنها كانت خالته وتقدم الأخت لأب وأم لأنها اشفق ، ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب) وبه قال المزني وابن شريح من الشافعية . وقال الشافعي في الأصح تقدم الأخت لأب على الأخت من ام . وبه قال أحمد واعتبراه بقوة الميراث ولنا ما أشار به المصنف بقوله :

(لأن الحق) أي حق الحضانة (من قبل الأم) معناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة . وعند زفر الأخت لأب وأم ، والأخت لأم يستويان في الحضانة (ثم الخالات أولى من العمات ترجيحاً لقرابة الأم) أي لأجل الترجيح لقرابة الأم ، لأن الحضانة من قبل الأمهات (وينزلن كما نزلن الاخوات) يعني أن الخالة لاب وأم من الخالة لام أشار إليه بقوله (معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام)والخالة لابوأم ذات قرابتين . والخالة لام ذات قرابة واحدة . وعند الشافعي وأحمد تقدم الخالة من الاب على الخالة من الام (ثم العمات ينزلن كذلك) يعني أن العمة لاب وأم أولى من العمة لام، ثم العمة لام أولى من العمة لاب وبنات الأعمام والعمات والاخوال والخالات بمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية .

كذا في المحيط وفي البدائع ، لا حق للرجال من قبل الام في الحضانة ولا يسلم إليهن إلا بطلبهن بخلاف الاب عند استغناء الصغير يجبر على القبول . وفي المنصوري ابن العم أولى بالذكر والخال أولى بالانثى ، وكل ذكر من قبل الام لا حق له في الولد مع العصبة الا

وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها كما روينا ، ولان زوج الام إذا كان أجنبياً يعطيه نزراً ، وينظر إليه شزراً فلا نظر . قال إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لانه قام مقام أبيه ، فينظر له . وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة . ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية ، لان المانع قد زال

الخال ، مع ابن العم فينظر في النساء من كان من قبل الام ، وفي الرجل من كان من قبل الام ، ويدفع الصغير إلى مولى العتاقة .

(وكل من تزوجت من هؤلاء) يعني كل من تزوجت من النساء ممن كان لهـا حق الحضانة (سقط حقها لما روينا) وهو قوله ﷺ ما لم تزوجي وفيه خلاف الحسن البصري ، قال ابن المنذر أجمع على هذا أهل العلم إلا الحسن البصري ، وهو رواية عن أحمد ، فإن عندهما لا يسقط حقها بالتزوج (ولان زوج الام إذا كان أجنبياً يعطيه نزراً) أي يعطي الصغير شيئاً قليلا يقال شيء نزر ، أي قليل ومادتـه نون وزاي وراء مهملة (وينظر إليه شزراً) أي ينظر زوج الام الاجنبي إلى الصغير بمؤخر عينيه ، يقال شزره بعينه يشزره وشزره مشزراً إذا نظر إليه بمؤخر عينيه ومادتـه شين معجمة وزاي ثم راء ، المقصود أن هذا عبارة عن قلة الشفقة على الصغير وقلة الإلتفات إليه ، ولهذا قال المصنف (فلا نظر) أي إذا كان حال زوج الام الاجنبي هكذا فلا نظر منه على الصغير .

(قال) أي القدوري (إلا الجدة إذا كان زوجها الجد) هذا استثناء من قوله سقط حقها ، يعني إذا كانت الجدة متزوجة بالجد لا يسقط حقها ، وإن كانت ذات زوج (لانه) أي لان الجد (قائم مقام أبيه) لقيامه مقام أبيه فينظر له (وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه) أي من الولد ، كعم الولد إذا تزوج بأمه لا يسقط حقها (لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة) أي بالنظر إلى القرابة ، وهو العم ، وإنما ينزع الولد من يد الام إذا تزوجت بغير محرم . وإذا ارتدت أو خيف على الصبي .

(ومن سقط حقها بالتزوج يعود) أي حقها (إذا ارتفعت الزوجية لان المانع قدزال)

فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله ، فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً ، لان الولاية للأقرب . وقد عرف الترتيب في موضعه ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم ، كمولى العتاقة وابن العم تحرزاً عن الفتنة . والام والجدة أحق بالغلام ، حتى يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، ويستنجي وحده ،

والسبب قائم يعود الحق . وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية . وفي رواية عن مالك لا يعود والرجعي مانع حتى تنقضي عدتها عندنا ، وبه قال المزني وقال غيره من الشافعية يعود بالطلاق الرجعي .

(فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله ، فاختصم فيه الرجال فأولاهم به) أي أولى الرجال بإمساك الصبي (أقربهم تعصيباً) أي من حيث التعصيب أي أقرب العصبات (لان الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعين) في باب الميراث وولاية الإنكاح .

(غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم) هذا استثناء من قوله ـ فأولاهم أقربهم تعصيباً ، قيد بقوله الصغيرة ، لان الصغيرة تدفع إلى أقرب العصبات سواء كان محرماً أو غير محرم (كمولى العتاقة وابن العم تحرزاً عن الفتنة) لانه لا يؤمن عليها منها وكذلك ذو الرحم المحرم عن العصبية إذا لم يؤمن عليها منه لفسقه ومجانة لا تدفع إليه لان في الدفع ضرراً بالصغيرة .

وقال الصدر الشهيد وعند أبي حنيفة ، إذا لم يكن عصبة للصغير يدفع إلى الاخ لام ، لان عنده يقوم الام ولاية . وقال في تحفة الفقهاء وإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم . والإختيار للقاضي وإن رآه أصلح ، لضم إليه وإلا فيضع عند أمينه . وقال محمد لا حق للذكر من قبل النساء ، والتدبير إلى القاضي يدفع إلى ثقة يحضنها .

(والام والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده) وذكر في نوادر ابن رشيد ويتوضأ وحده ، وتكلموا في المراد من الاستنجاء من مشايخنا من قال المراد به كمال الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بالماء ، بحيث لا يحتاج إلى

وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل ويشرب وحـــده ويلبس وحـده . والمعنى واحـــد ، لان تمـام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتـــاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم . والاب أقدر على التأديب والتثقيـــف والخصـــاف « رح » قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب .

من يعينه ويعلمه . ومنهم من قـال المراد منه أن يطهر نفسه عن النجاسة ، وإن كان لا يقدر على تمام الطهارة .

(وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل ويشرب وحده ويلبس وحده) ولم يذكر فيه الاستنجاء وشرطه في السير الكبير وغيره (والمعنى واحد) يعني ذكر الاستنجاء فـيما مضى . وذكر الاستغناء في رواية الجامع الصغير في المعنى واحد ، وبين المصنف ذلك بقوله (لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء) أي القدوري على الاستنجاء أن يمكنه أن يفتح سراويله عند الاستنجاء ، ويشده عند الفراغ (ووجهه) أي وجه ذكر الاستغناء (انه) أي أن الصغير (إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم . والاب أقدر على التأديب والتثقيف) أي التسوية (والخصاف) وهو الشيخ الإمـام أبو بكر أحمد بن عمر ، من كبار علمائنا .

وكان يروى عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف القاضي ، وقال صاحب الطبقات أحمد ابن عمر بضم العين وقيل عمرو بالفتح ابن مهير وقيل مهران الشيباني . روى عن مشايخ بخارى مثل أبو عاصم النبيل ومسدد والقعنبي وغيرهم ، وله مصنفات كثيرة ، وكان زاهد ويأكل من كسب يده ، فلذلك سمي خصافاً لانه كان .. مات ببغداد سنـــة إحدى وستين ومائتين .

(قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب) لانـه إذا بلغ سبع سنين استغنى عن الحضانة غالباً ، ويستنجي وحده وعليه الفتوى . كذا في الكافي وغيره . وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين وعند مالك الام أحق بالغلام حتى يحتلم . وقيل حتى يثغر ، أي

والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ،لان بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء . والمرأة على ذلك أقدر ، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ ، والاب فيه أقوى وأهدى . وعن محمد« رح» أنها تدفع إلى الاب ، إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة،ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حداً تشتهى.

حتى تبدو أسنانه . وعند الشافعي يخير الغلام في سبع ، فإن اختاره أحدهما وسلم اليه ، ثم اختار الآخر . فإنه ذلك ودد إليه ، فإن عادوا اختار الاول أعيد اليه . هكذا أبداً قال في المغني ، وهذا لم ينقل عن أحد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام .

(والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ، لان بعد الاستغناء يحتاج إلى معرفة آداب النساء) من الغزل والطبخ وغسل الثياب (والمرأة على ذلك أقدر) لانها لو دفعت إلى الاب اختلطت بالرجال ، فقل حياؤها والحياء في النساء زينة (وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدى) لانها بعد البلوغ تحتاج إلى التزويج ، والاب فيه هو الاصل . وفي التحصين والحفظ الاب أقوى ، لقدرته على ما لا تقدر عليه الام ، وأهدى إلى طريق معرفة ذلك لانه تصير عرضة للفتنة ، وطعمة للرجال والنساء يخدع عنها .

(وعن محمد) رواها عنه (انها تدفع إلى الاب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة ، والاب أقدر على هذا) وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام لفساد الزمان . وإذا بلغت إحدى عشرة سنة ، فقد بلغت حد الشهوة في قولهم ،وعندالشافعي إذا اختار الغلام امه ، يكون عندها بالليل ، وعند الاب بالنهار ، والبنت أيهااختارت، تكون عنده ليلا ونهاراً عند مالك (ومن سوى الام أحق بالجارية حتى تبلغ حداً تشتهى) تكلموا في حد المشتهاة ليبنى عليه ثبوت حرمة المصاهرة ، وكون الاب أولى .

وقالوا إذا كانت بنت خمس سنين وما دونه ، لم تكن مشتهاة . وإذا كانت بنت ست سنين ، أو ثمان سنين ، ينظر إن كانت علية ضخمة ، كانت مشتهاة ، وإلا فلا . وقال

وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ، ولهذا لا تؤاجرها للخدمة ، فلا يحصل المقصود . بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعاً . قال والامة إذا أعتقها مولاها ، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد ، لانهما حرتان أوان ثبوت الحق

الفقيه أبو الليث في إيمان الفتاوى الغالب ، انها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين . قال شمس الائمة السرخسي وبه نأخذ .

(وفي الجامع الصغير حتى تستغني) ذكر أولاً رواية للقدوري أن الصغيرة تترك من سوى الاب والجدة إلى أن تشتهى . ثم ذكر رواية الجامع الصغير إلى أن تستغني ، واستغناؤها أن تدفع إلى الأب (لأنها) أيّ لأن من سوى الأم والجدة مثل الأخوات ونحوها (لا تقدر على استخدامها) أي على استخدام الصغيرة التي استغنت . وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء (ولهذا) أي ولأجل عدم قدرة من سوى الأم والجدة على استخدامها (لا تؤجرها) أي الصغيرة (للخدمة) أي لاجل خدمة من كان يريد استخدامها (فلا يحصل المقصود) وهو التعلم .

(بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه) أي على الاستخدام (شرعاً) أي من حيث الشرع بدليل الإجارة .

(قال) أي القدوري (والأمة إذا أعتقها مولاها ، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) وذلك بأن زوجها مولاها ، ثم ولدتا ، ثم عتقتا ، فكانتا أحق بالولد من مولاهما لان الخصومة هنا إنما تكون مع المولى ، لأن الزوج لا حق له في الولد إذ الولد يتبع الام في الملك ومالك المملوك أحق به من غيره ، كذا في الكافي ، واختلف المالكية في أم الولد إذا أعتقت مع اتفاقهم على ثبوت الام ذكره في الجواهر . (لأنهما) أي الامة وأم الولد اللتين اعتقتا (حرتان) فكانتا أحق بالولد من مولاهما (أوان ثبوت الحق) أي وقت ثبوت الحق .

وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم، ما لم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك، واحتمال الضرر بعده، ولا خيار للغلام والجارية. وقال الشافعي «رح» لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير.

(وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالإشتغال بخدمة المولى) وبه قال عطاء والثوري والشافعي وأحمد. وعند مالك تثبت الحضانة للرقيق.

(والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان) فإن عقل الاديان يؤخذ منها، ويدفع إلى الاب، وبه قال مالك في المشهور وأبو القاسم وأبو ثور، وتمنع أن تغذيه بالخمر ولحم الخنزير وإن خيف ضم إليه ناس من المسلمين. وقال الشافعي وأحمد، لا حضانة لها وهي رواية عن مالك (أو يخاف أن يألف الكفر) أي بأن يألف الكفر، فإن مصدرية، أي يخاف ألفة الكفر. وأما قوله أو يخاف، فيجوز فيه ثلاثة أوجه، الاول النصب على تقدير، إلى أن يخاف. كما في قوله لألزمنك او تعطيني حقي، أي إلى أن تعطيني. الثانية الرفع على انه استئناف أي هو يخاف، الثالثة الجزم عطفاً على قوله ما لم يعقل فيقرأ أو يخف.

(للنظر قبل ذلك) أي الذمية احق بولدها المسلم لاجل النظر في حق الصغير، قبل ان يعقل الاديان، وقبل أن يخاف عليه من فتنة الكفر (واحتمال الضرر بعده) اي ولاجل احتمال حصول الضرر بعده، لانه بانتقاش احوال الكفر في ذهنه بعد أن يعقل الاديان (ولا خيار للغلام والجارية) يعني بين الابوين بأن يكون الولد عند الام ما لم تزوج بزوج آخر إلى المدة التي ذكرناها وبه قال مالك.

(وقال الشافعي لهما الخيار) إذا بلغا من التمييز ويسلم إلى من اختاره وبه قال أحمد (لان النبي ﷺ خير) روى أصحاب السنن الاربعة عن هلال بن أسامة عن أبي ميمونة سليم، ويقال سليمان مولى من أهل المدينة، رجل صدوق. قال بينا أنا جالس مع أبي

هريرة رضي الله تعالى عنه إذ جاءته امرأة فارسية معها ابن فادعيا وقد طلقها زوجها. وقالت يا أبا هريرة ، ورطنت بالفارسية ، زوجي يريد أن يذهب بابني . فقال أبو هريرة استهما عليه ولو أظن بذلك .

فجاءه زوجها وقال من يحاقني ولدى ، فقال أبو هريرة اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ وأنا قاعد عنده ، فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني . فقال رسول الله ﷺ استهما عليه . فقال زوجها من يحاقني في ولدى . فقال النبي ﷺ هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به. وجه الإستدلال ، هو أنه ﷺ خيره بقوله هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت .

قوله رطنت من الرطانة بفتح الراء وكسرها وهي كلام لا يفهمه الجمهور وانما هو مواضعة بين اثنين او ثلاثة ، والعرب تخص بها غالباً كلام العجم قوله من بئر أبي عنبة ، بكسر العين المهملة وفتح النون وبالباء الموحدة وهي بئر معروف بالمدينة . عندها عرض رسول الله ﷺ أصحابه لما سار الى بدر . قوله يحاقني بالحاء المهملة وبالقاف . اى من ينازعني .

واستدل الشافعي أيضاً بحديث رافع بن سنان وهو الذى ذكره المصنف . وأجاب عنه على ما يأتي . أخرجه ابو داود والنسائي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع ابن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فجاءت بابن لهما صغير لم يبلغ ، فأجلس النبي ﷺ الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده ، فذهب الى أمه . ولفظ أبي داود أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فصيم وقال رافع ابنتي ، فأقعد النبي ﷺ الام ناحية والاب ناحية وأقعد الصبي بينهما وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى أمها ، فقال عليه السلام اللهم اهدها فمالت إلى أبيها ، فأخذها وأخرجه أحمد في مسنده ولفظه في ولد صغير .

ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتنحليته بينه وبين اللعب ، فلا يتحقق النظر . وقد صح أن الصحابة « رض » لم يخيروا . وأما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام أو يحمل على ما إذا كان بالغاً

(ولنا أنه) اى أن الصغير (لقصور عقله يختار من عنده الدعة) بفتح الدال والعين المهملة اى الراحة والخفض والهاء فيه عوض عن الواو لأنه من ودع الرجل بالواو وضم الدال ، فهو وديع اى ساكن وهو من باب فعل يفعل بضم العين فيهما كحسن يحسن (بتخليته بينه وبين اللعب) اى بسبب تخلية من عنده الدعة بين الصبي وبين اللعب (فلا يتحقق النظر) وعدم تحقق النظر على الصبي إذا اشتغل باللعب ظاهر .

(وقد صح أن الصحابة لم يخيروا) لم يتعرض إليه أحد من الشراح. وقد روى مالك والبيهقي عن أبي بكر رضي الله تعالى عنه أنه دفع الغلام لأمه لما اختصم فيه عمر رضي الله تعالى عنه وأمه ، قال فيه سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تولد والدة عن ولدها ،أى لا يفرق بينهما ، وكل انثى فارقت ولدها فهي والهة وقد ولهت تله ولهاً فهي والهة ووالة والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد .

والمصنف احتج بهذا ، ومع هذا أورد ما يخالف هذا . روى عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا ابن جريج أن عبد الله بن عمر يقول اختصم أب وأم في إبن لهما إلى عمر رضي الله تعالى عنه فخيره ، فاختار أمه ، فانطلقت به . روى ابن حبان عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه .

(وأما الحديث) أشار به إلى الحديث الذى استدل به الشافعي ، وهو قوله لأن النبي ﷺ خيره وأشار به إلى الجواب عنه فقال (قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الأنظر بدعائه) هذا جواب عما استدل به الشافعي في حديث التخيير بيانه ، أنه لو كان التخيير اعتبار ، لم يقل النبي ﷺ ، اللهم اهده فوفق لاختياره الأنظر في حقه ببركة دعائه عليه السلام ، ولم يوجد ذلك فيما نحن فيه (او يحمل على ما إذا كان بالغاً)

هذا جواب ثان عن حديث الشافعي ولكن ليس بموجه ولا يرضى الخصم لأنه صرح فيه فجاءبابن لهما صغير لم يبلغ وهو في حديث رافع بن سنان الذى مضى عن قريب ٠

وفي رواية أخرجها أبو داود عن رافع بن سنان ولفظه أنه أسلم وأبت امرأته فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي . وأقعد النبي ﷺ الأم ناحية والأب ناحية ، فأقعد الصبية بينهما وقال لهما أدعواها ، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ اللهم اهدها ، فمالت الى أبيها وأخذها وانتهى، وهذا ايضاح صرح فيه بالصبية وأنها فطيم فكيف يكون الولد بالغاء والمعنىأن أصحابنا قصروا في هذا الباب حيث يستدل الخصم بالاحاديث الصحيحة ، وهم يستدلون بالدليل العقلي .

وأجابوا عن حديث أبي هريرة بأربعة أجوبة ، الاول أنه عليه السلام أمر إما بالاستهام وهو متروك بالاجماع ، والثاني لم يذكر فيه الطلاق وقولها أن زوجي دليل على قيام النكاح ، والثالث ليس فيه سبع سنين ، والخصم يشترط التخير في سبع سنين ، والرابع أن بئر أبي عنبة كانت بالمدينة ، ولا يمكن للصغير أن يسقي منها ، ولا يخلوا الكل عن تأمل ، وأعلم أن الإبن إذا بلغ يخير بين أبويه . فإن أراد أن ينفرد فله ذلك، إلا إذا كان فاسقاً يمضي عليه شيء ، فحينئذ يضمه الاب إلى نفسه ، لأنه أقدر على صيانته،أما الجارية فإن كانت بكراً يضمها إلى نفسه سواء كانت مأمونة او غير مأمونة. فإن كانت ثيباً مأمونة ليس لها أن يجبرها حتى تكون معه لزوال ولايته عنها كذافي نسخ الفتاوى وغيرها قاله الاترازى. وفي الكافي اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج ، فالخلع جائز والشرط باطل .



فصـــل

وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالاب ، الا أن تخرج به الى وطنها . وقد كان الزوج تزوجها فيه ، لانه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً . قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ،

اى هذا فصل في بيان حكم من يريد إخراج الصغيرة إلى القرى ، وبين ذلك بقوله في فصل على حدة .

(واذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) هذا بعد انقضاء عدتها ، فإنه صرح به في جامع قاضي خان وغيره (لما فيه من الاضرار بالاب) اى في الخروج بالولد لانقطاع ولده عنه (إلا أن تخرج) بولدها من المصر (إلى وطنها) هذا استثناء من قوله فليس لها ذلك (وقد كان الزوج) اى والحال أن الزوج (تزوجها فيه) اى في وطنها (لانه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً) أما العرف فلأن الزوج يقيم في البلد الذى يتزوج فيه عادة ، إلا أنه يلزمها متابعة الزوج إذا أعطاها جميع المهر رضيت بذلك او لم ترض . فبعد زوال الزوجية يعود الامر الاول .

وأما شرعاً ، فلأن العقد متى وجد في مكان العقد . والأولاد من ثمرات عقد النكاح ، فيجب إمساكها في موضع العقد ، بخلاف ما إذا أراد النقل إلى مصر ليس هو مصرها ، ولم يكن ثمة أصل النكاح ، ليس لها أن تنقل الأولاد وكذا إذا أرادت الانتقال بالأولاد إلى مصرها ، لكن ثمة أصل النكاح لعدم دليل العرف والشرع .

(قال عليه السلام) اي قال النبي ﷺ (من تأهل ببلدة فهو منهم) لم يتعرض أحد من الشراح لهذا الحديث ، ولا بمجرد ذكره . وروى هذا الحديث ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبدالله بن عبد الرحمن بن الحارث ابن أبي وهاب عن أبيه أن عثمان رضي الله تعالى عنه صلى بمنى أربعاً ثم قال ، قال رسول الله ﷺ من تأهـل في بلدة فهو من أهلها يصلي بصلاة المقيم وإني تأهلت منذ قدمت مكة .

ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده كذلك ، ولفظه سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا تزوج الرجل من بلدة فهو من أهلها ، وإنما أتممت لأني تزوجت بها منذ قدمتهـــا . ورواه أحمد في مسنده ولفظه سمعت رسول الله ﷺ يقول من تأهل في بلده فيصلي بصلاة مقيم . واستدل به المصنف لقوله لأنه اليوم المقيم فيه شرعاً ، حاصله أن الرجل إذا تزوج امرأة في بلد هو وطن المرأة يكون من أهل ذلك البلد .

(ولهذا يصير الحربي به) اي بالتزوج . قاله الأترازي والأكمل ذمياً ، وقـــال تاج الشريعة الضمير يرجع إلى التزام المقام . وبيانه أنه لما استدل بقوله التزم المقام عرفاً وشرعاً ، فلقائل أن يقول هب أنه التزم المقام ، فلماذا يصير مقيماً ، فيجاب عنه بأنه لالتزام المقام أثر . ولهذا يصير الحربي ذمياً . قيل هذا خلاف المفهوم من كلامه . وقال صاحب النهاية هذا وقع غلطاً ، اي قوله ولهذا يصير الحربي به ذمياً .

فإن ذكر في غير هذا الكتاب أن المستأمن إذا تزوج ذمية لا يصير ذمياً ، لأنه يمكنه أن يطلقها ويرجع . وقد وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت بنسخة المصنف هذه الجملة . وقال الأترازي ونقل عن الإمام حافظ الدين الكبير ، أن هذه الجملة ليست في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف ، فعلى هذا يكون السهو من الكاتب ، لأنه قـال في السير الكبير بعد كتاب الحدود فارض الحرب بباب ، وإذا دخلت المرأة من أهــل الحرب دار الإسلام بأمان وهي كتابية ، فتزوجها ذمي او مسلم فقد صارت ذمية لأن لزوجها أن يمنعها عن العود إلى دار الحرب ، فكان الإقدام على النكاح مع علمها أن لزوجها أن يمنعها عن العود إلى دار الحرب رضى منها بالمقام في دار الإسلام .

وأما الحربي إذا تزوج ذمية ، لا يصير ذمياً لأن المرأة ليس لها أن تمنع زوجها من دار الحرب انتهى . وغير بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية حتى ترد السؤال . وقال بعضهم لا حاجة إلى تغيير اللفظ . لجواز أن تكون الحربي صفة لشخص اي الشخص الحربـــي ذكراً كان او أنثى . قلت هذا بعيد جداً .

وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها ، وقد كان التزوج فيه ، أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك . وهذه رواية كتاب الطلاق . وذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك ، لأن العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه . ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد،وجه الأول أن التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً . وهذا أصح ، والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً ، الوطن ووجود النكاح ، وهذا كله

(وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها) صفة المصر (وقد كان التزوج فيه) اي والحال إن تزوج الزوج فيه اي في مصر غير وطنها (أشار في الكتاب) اي القدوري وقيل المراد به المبسوط (إلى أنه ليس لها ذلك ، وهذه رواية كتاب الطلاق) من الأصل .

(وذكر)أي محمد(في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى وجد في مكان فيه) أي في ذلك المكان (يوجب أحكامه كما يوجب البيع التسليم في مكانه) اي تسليم المعقود عليه في موضع العقد (ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد) لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيوجب إمساكها في موضع العقد (وجه الأول) أراد به قوله ليس لها ذلك وهو رواية كتاب الطلاق (أن التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً) اي من حيث العرف أراد بأن العرف لم يجر بأن يكون للتزوج في دار الغربة التزاماً للاقامة (وهذا أصح) اي الوجه الأول هو الأصح .

(والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً الوطن ووجود النكاح) اي لانتقال الأم بالأولاد الصغار ،ولا بد من وجود أمر آخر وهو أن تريد الانتقال إلى دار الحرب ، فإنه ذكر في شرح كتاب الطحاوي ، ولو أرادت الانتقال إلى دار الحرب ، وإن كان أصل النكاح وقع هناك في حربية بعد أن يكون زوجها مسلماً أو ذمياً ، ليس لها ذلك، ولو كان كلاهما حربيين فلهما ذلك (وهذا كله) اي هذا الذي ذكرناه كله :

إذا كان بين المصرين تفاوت . وأما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به . وكذا الجواب في القريتين ، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به لأن فيه نظر إلى الصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر ، وليس فيه ضرر بالأب وفي عكسه ضرر بالصغير ، لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك .

(إذا كان بين المصرين تفاوت) أراد به البعد بحيث لا يمكن الأب رجوعه إلى بيته في يوم مطالعة أولاده (أما إذا تقاربا) اي المصران (بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين) يعني إذا كانت قريبتين بحيث يمكن الاب مطالعة الأولاد في يومه فلها ذلك وإلا فلا .

(ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به لأن فيه نظر إلى الصغير ، حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر ، وليس فيه ضرر بالأب وفي عكسه) وهو الإنتقال من المصر إلى القرية (ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك) اى ليس لها أن تنقل الصغار من المصر إلى القرية ، إلا إذا وقع العقد فيها فحينئذ لها ذلك . ذكره في شرح الطحاوي وفي فتاوى البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولاً .

فروع ، لو جاءت بصبي وقالت هذا إبن بنتي وقد ماتت ، فاعطني نفقته ، فقال إنها لم تمت وهي في منزلي ، وأراد أخذه منها ، لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي أمه ، فيجيء بها ، فتأخذه منها . وإن جاء بامرأة وقال هذه بنتك وهي أمه ، وقالت ابنتي ماتت ، فالقول للزوج ، لأن الفراش لهما ، قال الأب هو ابن ست سنين ، وقالت ابن سبع إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع إليه وإلا فلا .

ولو ادعى التزوج عليها بأخرى وأنكرت ، فالقول لها . ولو قالت طلقني وعاد حقي إن لم تعين الزوج فالقول لها وإن عينت لا يقبل قولها في الطلاق . وإن كان معسراً فقالت العمة أنا أولى بغير أجر ، والأم طلبت أجره ، فالعمة أولى وهو الصحيح .

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، مسلمة كانت أو كافرة . إذا أسلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكنها .

(باب في احكام النفقة)

أى هذا باب في بيان أحكام النفقة ، وهي إسم بمعنى الإنفاق ، وهي عبارة عن الإدرار على الشيء بما به بقاؤه . والنفقة تجب بأسباب الزوجية ، ومنها النسب ومنها الملك ، والكل يجيء بيانه على الترتيب مشتملاً على ذكر فصول على مايجيء إن شاء الله تعالى .

(قال) اى القدورى (النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، سواء كانت المرأة مسلمة او كافرة . إذا أسلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) اى في منزل الزوج . قال الأقطع في شرحه ، تسليمها نفسها شرط في وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك . وقال الأترازي فعلم بهذا إذا ادعى بعض الشراح للهداية ، بقوله هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية ، فإنه ذكر في المبسوط وهو ظاهر الرواية بعد صحة العقد، النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل الى بيت الزوج . ألا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيت جاز لها ان تطالبه بالنفقة . وقال في الإيضاح ، وهذا لأن النفقة حق المراة ، والانتقال حق الزوج . فإذاً يطالبها بالنفقة ، فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها .

وقال في النهاية وقال بعض المتأخرين من أئمة بلخ لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت زوجها . والفتوى على جواب الكتاب ، وهو وجوب النفقة وإن لم تزف فإن كان الزوج قد طالبها بالنفقة ، وإن لم تمتنع من الانتقال إلى بيت زوجها فلها النفقة أيضاً وأما إذا كان الامتناع بحق ، بأن امتنعت لتستوفي مهرها ، فلها النفقة أيضاً ، وإن كان الامتناع بغير حق ، بأن كان أوفاها المهر ، أو كان المهر مؤجلا أو وهبته منه ، فلا نفقة لها، فكل من

والأصل في ذلك قوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته) ٧ الطلاق وقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ٢٣٣ البقـرة وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، ولأن النفقـة جزاء الاحتباس ، وكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره ، كانت نفقته عليه

كان محبوساً لغيره بحق مقصود ، كانت نفقة عليه .

(والأصل في ذلك) أي في وجوب النفقة (قوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق) أمر بالإنفاق ، والأمر للوجوب والسعة القدرة (وقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ٢٣٣ البقرة) المولود له هو الأب ورزقهن الأمهات قوله تعالى ﴿ بالمعروف ﴾ اي بالوسط . وقال الزجاج في تفسيره مما تعرفون أنه العدل على قـدر الإمكان ، وكلمة على للايجاب .

(وقوله عليه السلام) اي قول النبي ﷺ (في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) هذا الحديث رواه مسلم عن جابر عن عبد الله وهو حديث طويـل جداً ، وفيه فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح . ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، الحديث أخرجه مسلم في باب حجة الوداع (ولأن النفقة جزاء الاحتباس) اي احتباس المرأة عند الرجل (فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه) لا يقال يرد على هذا نفقة الرهن ، فإنها على الراهن مع أنه محبوس بحق المرتهن ، لأنا نقول سلمنا أنه محبوس عند المرتهن ولكن لانسلم أنه محبوس بحق هو مقصود للمرتهن فحسب .

فإنه كما يحصل مقصود المرتهن يحصل مقصود الراهن أيضاً . ألا ترى أنه إذا هلك ، هلك الدين الذي على الراهن مضموناً بأقل من قيمته ، ومن الدين ، لكن على هـذا كان ينبغي أن تجب النفقة عليهما جميعاً ، إلا أن النفقة لما كانت لبقية الرهن وهـو على ملك

أصله القاضي والعامل في الصدقات ، وهذه الدلائل لا فصل فيها ، فتستوي فيها المسلمة ، والكافرة وتعتبر في ذلك حالها جميعاً ، قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى . وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار . وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار . وإن كانت معسرة والزوج موسر ، فنفقتها دون نفقة الموسرات

الراهن ، وجبت عليه خاصة كالوديعة يجب نفقتها على صاحب المال .

(وأصله) اى اصل من كان محبوساً لمنفعة ترجع الى غير (القاضي والعامل في الصدقات) لانهما حبسا أنفسهما لمصالح المسلمين فيجب كفايتهما ، وكذلك المفتي والمتولي والوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بكفاية المسلمين في دفع عدوهم يجب كفايتهم (وهذه الدلائل) أشار به الى ما ذكره من الكتاب والسنة ، وقال الاترازى أى الآيات الدالة على وجود النفقة والدليل العقلي . (لا فصل فيها) اى لا فرق فيها بل على إطلاقها (فيستوى فيها المسلمة والكافرة) والغنية والفقيرة ، والموطوءة وغير الموطوءة ، والمنتقلة الى بيت زوجها وغير المنتقلة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعاً) اى حال الزوجين وهذا لفظ القدورى .

(قال) اى المصنف (وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى) أى على اختيار الخصاف الفتوى . وظاهر الرواية عن أصحابنا اعتبار حال الرجل في اليسار والإعسار دون حال المرأة . وبه صرح محمد في الاصل والحاكم في الكافي وصاحب الشامل في قسم المبسوط ، والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوى ، واليه ذهب الكرخي وكثير من مشايخنا المتأخرين ، كصاحب التحفة وصاحب النافع وغيرهم وهو قول الشافعي .

(وتفسيره) اى تفسير قول الخصاف (أنهما) اى أن الزوجين (اذا كانا موسرين يجب نفقة اليسار ، وان كانا معسرين فنفقته الإعسار) اى يجب نفقة الاعسار (وان كانت المرأة معسرة والزوج موسر) اى وكان الزوج موسر (فنفقتها دون نفقة الموسرات

وفوق نفقة المعسرات . وقال الكرخي « رح » تعتبر حال الزوج ، وهو قول الشافعي « رح » لقوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق ، من وجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان ، خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف

وفوق نفقة المعسرات) وفي الذخيرة بيانه ، اذا كان الزوج موسراً بفرط اليسار نحو أن يأكل الحلوى واللحم المشوي والباجات ، والمرأة فقيرة كانت تاكل في بيتها خبزالشعير ، لا يؤخذ الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفقته ، ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ، ولكن يطعمها فيما بين ذلك ، ويطعمها خبز البر ، وباجة وباجتين ، فهذا معنى اعتبار حالها .

وأما إذا كان الزوج معسراً والمرأة موسرة ، لم يذكر المصنف هذا القسم ، قال الأترازي لا أدري كيف ذهب عنه ، ولا بد من ذكره فقال الخصاف في كتاب يفرض له نفقة صالحة ، يعني وسطاً ، فيقال له تكلف إلى أن تطعمها خبز البر وباجة وباجتين ، كيلا يلحقها الضرر . وقال الأترازي هذا التكليف ، تكليف ما ليس في الوسع ، فلا يجوز . قال الإمام السرخسي ، لم يذكر صاحب الكتاب أنه يؤاكلها يعني الخصاف لم يذكره في كتاب النفقات ، ثم قال ولكن مشايخنا قالوا المستحب له أن يؤاكلها لأنه مأمور بحسن العشرة معها ، وزاد في أن يؤاكلها ليكون نفقتها ونفقته سواء .

(وقال الكرخي يعتبر حال الزوج ، وهو قول الشافعي لقوله عز وجل ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق ، وهو ظاهر الرواية وقال الله تعالى ﴿ ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله ﴾ ٧ الطلاق بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على حسب حاله . ولما زوجت نفسها من معسر ، فقد رضيت بنفقة المعسرين ، فلا يستوجب على الزوج إلا بحسب الزوج وحاله .

(ووجه الاول) أي وجه اعتبار حالها وهو اختيار الخصاف (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف) هذا الحديث اخرجه غير الترمذي عن هشام عن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله تعالى

اعتبر حالها ، وهو الفقه . فإن النفقه تجب بطريق الكفاية . والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات ، فلا معنى للزيادة . وأما النص فنحن نقول بموجبه أنه يخاطب بقدر وسعه ،

عنها ان هنداً ام معاويــة قالت يا رسول الله ﷺ ان ابا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني مايكفيني وولدي إلا ما اخذت منه ، وهو لا يعلم ، فقال عليه السلام خذي مـا يكفيك وولدك بالمعروف .

(اعتبر حالها) اى اعتبر عليه السلام حال المرأة ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى ، وهو الاعتبار بحالها . الحديث يدل على اعتبار حالها . واما اعتبار حاله فالآية تدل عليه ، والخصم يدل عليه . فإذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما ، بأن يكون حاله معتبرة من جهة وحالها كذلك . فـإن قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونـه من الأحاديث ، فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ٢٣٣ البقرة ، فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما (وهو الفقه) أي اعتبار حال المرأة هو الفقه أي هو الذي يفهم من الدلائل . وأشار بهذا إلى أنه اختار قول الخصاف حيث اعتبر حالها ، لكن ذكر الدليل من جهة نفسه لما اختاره وإنما قلنا من جهة نفسه لئلا يرد عليه اعتراض الاترازي حيث قال قوله :

(فإن النفقة) قوله فلا معنى للزيادة وفيه نظر ، لأنـه ما بقي بين الدليل والمدلول مطابقة ، لأن صاحب الهداية أورده دليلاً لقول الخصاف وقول الخصاف اعتبار حـال المرأة وحدها انتهى . ونحن نقول اختيار المصنف ما اختاره الخصاف ، ولكن دليله من جهة ويرد ما ذكره ، ثم بين ذلك بقوله لأن النفقة (تجب بطريق الكفاية ، والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة) يعني عن كفايتها نظراً إلى حال الزوج ، ثم أجاب عن قوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق ، بقوله وأما النص (فنحن نقول بموجبه) أي بموجب النص وهو انـه (مخاطب بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بمـا ليس بالوسع ، لكن زاد كفايتها على ما في وسعه يكون ديناً عليـه وهو معنى

والباقي دين في ذمته . ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي « رح » أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد

(والباقي دين في ذمته) عملا بالدليلين ، ولا يؤديه مع العجز .

واعترض الأترازي على المصنف بقوله ، وهذا لا يكون جواباً لما ذهب إليه الكرخي من ظاهر الرواية ، لأن نص القرآن لا يثبت الزيادة على نفقة الاعسار ، فمن أين يثبت الزيادة بموجب النص حتى يكون ديناً عليه انتهى . قلت المصنف لم يثبت الزيادة بقوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق حتى صده ما قال ، وإنما أثبت الزيادة بقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، الآية وفيما قاله عمل بالدليلين . وهذه الآية تدل على وجوب كفايتهن بكلمة على غير انه إذا عجز عن الكفاية لا يكلف في الحال بل الزيادة على الكفاية في ذلك الوقت يكون ديناً عليه ، والعمل بالنص أولى من ترك أحدهما .

(ومعنى قوله بالمعروف الوسط) أي قوله عليه السلام بالمعروف في قوله لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف وكذا في قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة الآية الوسطى (وهو الواجب) اى الوسط هو الواجب . وفي المبسوط يجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وزمان . فكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام ، فكذلك من الآدام لأن الخبز لا يتناول عادة إلا مأدوماً وجاء في تأويل قوله عز وجل ﴿ من اوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ ٨٩ المائدة ، انه أعلى ما يطعم الرجل امرأته الخبز واللحم وأوسطه الخبز والزيت وأدناه الخبز واللبن . وأما الدهن يستغني عنه خصوصاً في زيادة الحر فهو من أهول الحواريج كالخبز .

(وبه) أي وبالمعروف المذكور في القرآن والحديث (يتبين أنه لا معنى للتقدير) أي في تقدير النفقة (كما ذهب إليه) أى إلى التقدير (الشافعي أنه) أى التقدير (على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف المد) المـد بالضم وتشديد الدال رطل

وثلث بالعراقي عند الشافعي وأهل الحجاز ، ورطلان عند أبي حنيفة وأهل العراق . وقيل إن أصل المد مقدر بأن يمد الرجل يديه فيملأ كفيه طعماً .

وقال الماوردى في الحاوي ما ملخصه أن الاصل في اعتبار الحب في النفقةالكفارات، لأنه طعام يقصد به في الحرمة ويستقر في الذمة وفي النكاح عليه تمليكها حباً ،وعليه طحنه وخبزه في الأصح ، ويجوز الاعتياض في الأصح إلا دقيقاًوخبزاًعلىالمذهب.ولو أكلت معه سقطت نفقتها في الأصح وفي المغني إيجاب الحب تحكم ، فإن الشرع ورد بالإنفاق مطلقاً من غير قيد ولا تقدير ، فيجب أن يرد إلى العرف والعادة وذلك في الطعام دون الحب .

وما بلغنا عن أحد من السلف أنه أطعم زوجته حباً ولا حكم بذلك الحاكم ، وقدتركوا قوله في جميع البلاد الاسلامية على تقدير مد فحينئذ على الأكابر . وعن مالك يفرض بمد تمر وإن كان كل يوم .

وهو مد وثلث بمد النبي ﷺ قال ابن حبيب أخذه هشام بن اسماعيل بفرض نفقة الزوجات ما استحسنه مالك ، وهو ظاهر خلاف مذهبه ، ومذهبنا ما ذكره علماؤنافقال في مختصر شرح الكافي للحاكم الشهيد ، إذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثيريتمكن من تناول مقدار كفايتها ، فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة وإن يكن بهذه الصفة ، فخاصمت في النفقة يفرض لها بالمعروف ، وهو فوق التقتير دون الإسراف ، رعاية للجانبين .

ولا تقدر النفقة بالدراهم ، لأن المقصود الكفاية ، وقد يرخص السعر ويغلو ، فلا يحصل المقصود.فكما يفرض لها الطعام بقدر الكفاية كل يوم يفرض الإدام أيضاًلأن الخبز لا يتناول إلا مأدوماً عادة . وكذلك يفرض الدهن لأنه لا يستغني عنه . وقال في الأقضية لا إدام الا على اللحم والأوسط الزيت والادنى اللبن والحطب والصابون والأشنان ، وثمن ماء الاغتسال عليه . كذا في خلاصة الفتاوى ويفرض لها من الكسوة ما يصلح للشتاء والصيف .

ففي الشتاء قميص وملحفة وخمار وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما دينها . إن

كان الرجل معسراً ولا كساء في الصيف،وإن كان موسراً فبأجود من ذلك على قدراليسار والخادم قميص وإزار وكساء كأرخص ما يكون ولا كساء في الصيف ، وإن كانالرجل موسراً فأجود ما يكون من ذلك . وقال محمد في الأصل من التقدير بالدراهم بقوله إن كان معسراً فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة أو ما بين ذلك . ولخادمها ثلاثة دراهم وأقل من ذلك وأكثر . وإن كان موسراً ، عليه للمرأة ثمانية دراهم أو سبعة أو نحو ذلك ، ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة أو نحوذلك،فذاك ليس بتقدير لازم،بلهو بناء على ما شاهده محمد في ذلك الوقت من صرف زمانه ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل .

وقال السرخسي لم يذكر محمد في الأصل كسوه المرأة الإزار والخف في شيء من المواضع . وذكر الإزار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف أيضاً ، وإن كانت الخادمة ممن يحتاج أن تخرج إلى الحوائج،فلها الخف والمكعب بحسب ما يكفيها . وأما المرأة فإنها مأمورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج ، فلا تستوجب الخف والكعب على الزوج ، وكذلك لا تستوجب الإزار لأنها تكون مهيئة نفسها بنشاط الزوج ، فليس على الزوج أن يتخذ ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الإزار ، هذا لفظه في شرح الكافي .

وقال في خلاصة الفتاوى ، هذا في ديارهم بحكم العرف، أما في ديارنا فيفرض الإزار والمكعب ، ويفرض ما تنام عليه . وقال الخصاف ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش والمضربة والمرفقة في الشتاء ولحافاً يتغطى بـه . قال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب النفقات ذكر لها كتاباً على حدة ولم يكتف بفراش واحد ، لأنها ربما تنعزل عنه في أيام الحيض أو في زمان مرضها .

وقال الحاكم الشهيد وقال محمد لا ينبغي أن يوقت النفقة على الدراهم ، لأن السعر يلغوا ويرخص ، ولكن يجعل النفقة على الكفاية في كل زمان ، فينظر قيمته ، فيفرض لها عليه دراهم شهراً بشهر . قال السرخسي وهذا بناء على عادتهم ، وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا يعتبر في ذلك حال الرجل فإنه إن كان محترفاً يفرض عليه النفقة يوماً

لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه ، وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها ، فلها النفقة لأنه منع بحق ، فكان فوت الإحتباس لمعنى من قبله ، فيجعل كلا فائت .

يوماً لانه يتعذر عليه أداء نفقة شهر ومعه واحدة . وإن كان من التجار ، يفرض عليه الأداء شهراً ، وإن كان من الدهاقين يفرض عليه النفقة على الكفاية في كل زمان ، فينظر قيمة ذلك ، فيفرض لها عليه دراهم شهراً بشهر .

قال السرخسي وهذا بناء على عادتهم ، وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا يعتبر في ذلك حال الرجل ، فإنه إن كان محترفاً يفرض عليه النفقة يوماً يوماً ، وإن كان من الدهاقين يفرض عليه النفقة سنة سنة ليتيسر الأداء عليه . كذلك عند ازارك الغلة واتخاذ غلة الحوانيت ، وأما الكسوة فيفرض في السنة مرتين .

(لأن ما وجب كفاية لا تقدر شرعاً في نفسه) لأنها مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم ، وبحسب الأوقات والأماكن ففي التقدير قد يكون إضراراً بأحدهما وفي المبسوط وكل جواب عرفته من اعتبار حاله أو حالها في فرض النفقة فهو الجواب في كسوة .

(وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى تعطيها مهرها فلها النفقة لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كالأموات) المراد من المهر هو العاجل . وبه صرح في شرح الطحاوي فقال ولو أنها منعت نفسها لأجل مهرها العاجل ، فلها النفقة لأن هذا منع بحق .

وقال في التحفة وإن كان الإمتناع بغير حق ، بأن أوفاها الزوج المهر ومؤجلا ، فإنه يسقط النفقة لأنه وجد النشوز منها ، لكن ينبغي لك أن تعرف ان الامتناع لطلب المهر إذا كان قبل الدخول لا يزيل النفقة إتفاقاً لأنه منع بحق و كذلك بعد الدخول إذا كان برضاها عند أبي حنيفة . وقالا لا نفقة لها كذا في المختلف وفي فتاوي قاضي خان،ولو كان الزوج ساكناً معها في منزلها فمنعت زوجها من الدخول عليها كانت ناشزة إلا إذا

وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها وإذا عادت جاء الاحتباس ، فتجب النفقة بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج ، لأن الاحتباس قائم ، والزوج يقدر على الوطء كرهاً . وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها ، فلا نفقة لها لأن امتناع الإستمتاع لمعنى فيها

منعت لتحولها إلى منزله أو لتكتري لها منزلاً ، فحينئذ تكون ناشزة ولو كانت مقيمة في منزله ، ولم يمكنه من الوطء لا تكون ناشزة .

(وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها) تفسير الناشزة والناشصة هي المانعة نفسها عن زوجها بغير حق. وقيل لشريح هل للناشزة من نفقة ، فقال نعم ، فقيل كم ، فقال جواب من تراب معناه لا نفقة لها وإذا كان الرجل يسكن في الأرض المغصوبة ، فخرجت المرأة لأجل أنه يسكن في الغصوبة لا تكون ناشزة لأنها محقة ونقل في خلاصة الفتاوى عن فتاوي النسفي لو كان الزوج بسمرقند وامرأته بنسف فيبعث إليها أجنبياً ليحملها إلى سمرقند فلم تذهب لعدم المحرم يفرض لها النفقة .

(وإذا عادت) أي المرأة إلى منزل الزوج (جاء الاحتباس) فلها (فتجب النفقة) لوجود العلة (بخلاف ما إذا امتنعت) متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها (من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً) أي من حيث الكره (وإن كانت) أي وإن كانت الزوجة (صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) المراد من الاستمتاع الجماع لان الحاكم الشهيد قد صرح به في مختصره الكافي وكذلك السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وعليه جمهور العلماء .

وعند الثوري والظاهرية والشافعي في قول لها النفقة لانها مال تجب بالعقد كالمهر فتستوي الكبيرة والصغيرة ، والاصح عند الشافعية وجوبها لو كانت في المهر لإطلاق النص .

(لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها) وهي غير مسلمة نفسها إلى الزوج فصارت كالناشزة

والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ، ولم يوجد بخلاف المريضة على مانبين . وقال الشافعي «رح» لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنــــده كما في المملوكة بملك اليمين . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة . وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة ، فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها ، وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين .

(والاحتباس الموجب) أي النفقة (ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح)وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) فلا يجب شيء (بخلاف المريضة على ما نبين) أي قريباً من خمسة عشر خطاً يعني يجب النفقة في المريضة وإن تعذر الجماع .

(وقال الشافعي لها) اي للصغيرة النفقة (لانهـا) أي لان النفقة (عوض عن الملك عنده) أي عند الشافعي (كما في المملوكة بملك اليمين) حيث تجب نفقتها على المالك (ولنا أن المهر عوض عن الملك) لان الفرض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية ، والداخل تحته هو المهر دون النفقة ، فإذا كان المهر عوضاً لا تكون النفقة عوضاً (ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد) فلا تجب النفقة لاجله بخلاف المهر ، وهو معنى قوله (فلها المهر دون النفقة) كما مر .

(وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة) أي والحال أن المرأة كبيرة (فلها النفقة في ماله ، لان التسليم قد تحقق منهــا وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين) حيث يجب عليها النفقة لان العجز منها وعليه الجمهور .

وقال مالك لا نفقة لها ، وإن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع لا نفقة لها بالإجماع ، لان المنع جاء من جهتها . كذا قاله الكاكي وقال الاترازي ولو كانا ، صغيرين جميعاً لم يذكر حكم النفقة لا في الأصل ولا في الجامع ، ولكن يفهم من التعليل المذكور فيما إذا كانت

وإذا حبست المرأة في دين ، فلا نفقة لها لأن نفقة الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منـــه وكذا إذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها . وعن أبي يوسف « رح » أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ،ليجعل باقياً تقديراً . وكـذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها. وعن أبي يوسف « رح » أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ،

صغيرة والرجل كبيراً ، إذ لا نفقة لها في هذه الصورة لان تلك العلة وهي عدم تسليم النفس موجود هنا وقد صرح بما قلنا أي بعدم وجوب النفقة في الذخيرة أيضاً .

(وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان نفقة الاحتباس منها بالمماطلة) لانها لما ماطلت صارت كأنها هي التي حبست نفسها فصارت كالناشزة (وإن لم يكن منها) أي وإن لم يكن الإحتباس من المرأة (بأن كانت عاجزة) عن أداء الدين (فليس منه) أي من الزوج أيضاً فلا يطالب بالنفقة (وكذا) أي وكذا لا نفقة لهـــا (إذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها)لفوات الاحتباس .

(وعن أبي يوسف أن لها النفقة) لانه لا منع من جهتها واختاره السعدي (والفتوى على الاول) أي على ظاهر الرواية وهو انه لا نفقة في المغصوبـة فيما مضى (لان فوت الاحتباس ليس منه) يعني من الزوج (ليجعل باقياً تقديراً) بيانه أن النفقـة عوض عن الاحتباس في بيته ، فإذا كان الفوات لمعنى من جهة يجعل ذلك الاحتباس باقياً ، فـإذا كان الفوات لمعنى من جهة باقيـــا تقديراً ، فكأنه لم يفت ، فتجب النفقة كما إذا منعت نفسها قبل الدخول ، لاجل الصداق أو حبس الزوج لاجل دين عليــه ، أو ارتدأو أسلمت هي وأبى الزوج الإسلام ، أو طلقها بعد الدخول .

(وكذا إذا حجت مع محرم) أي لا نفقة لها (لان فوت الاحتباس منهـا) إلا إذا كان الزوج معها على مايجيء الآن (وعن أبي يوسف أن لها النفقة لان إقامة الفرض عذر) فحينئذ تجب النفقة . وقال محمد لا نفقة لها ، لعدم الإحتباس بحقه والتمكين من الاستمتاع

ولـكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه . ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق، لأن الإحتباس قائم لقيامه عليها، وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا تجب الكراء لما قلنا. وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة . والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم ، فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت . والمانع بعارض فأشبه الحيض . وعن أبي يوسف « رح » انها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ،

بالجماع ودواعيه (ولكن تجب نفقة الحضر) يعني قيمة الطعام في الحضر ولا يجب عليه على السفر (دون السفر) أي دون نفقة السفر لأنها تزيد على نفقة الحضر . كذا في شرح كتاب النفقات (لأنها هي المستحقة عليه) أي لأن نفقة الحضر هي الواجبة على الزوج ، لأن المأمور هو النفقة بالمعروف وهو عبادة عما لا إسراف فيه ولا تعتبر . وفي النفقة السفر إسراف لغلاء السفر فلا يكون معروفاً ، فلا يجب ذلك .

(ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالإتفاق) وبه قال الشافعي (لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها) أي لقيام الزوج على المرأة (ويجب نفقة الحضر دون السفر) لما مر (ولا يجب الكراء لما قلنا) أي في قوله لأنها هي المستحقة (وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) هذا الموعود من المصنف بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما تبين ، إعلم ان المريضة مطلقاً لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مريضاً يمنع من الجماع كما في الحيض (والقياس أن لا نفقة لها إذا مرضت مرضاً يمنع من الجماع لفوات الاحتباس الاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه) أي فإن الزوج (يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت، والمانع) أي من الجماع (بعارض) أي بسبب عارض وهو المرض (فأشبه الحيض) في كونه مانعاً وتجب النفقة .

(وعن أبي يوسف انها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقـــة لتحقق التسليم ،

ولو مرضت ثم سلمت ، لا تجب لان التسليم لم يصح . قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه ، قال ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً ، ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم .

ولومرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح بسبب المرض. قالوا) أي قال مشايخنا (هذا حسن) أي هذا التفصيل حسن (وفي لفظ الكتاب) أي كتاب القدوري (مايشيراليه) أي إلى ما روي عن أبي يوسف في ظاهر الرواية ، لأنه قال وإن مرضت في منزل الزوج ، لأنه يفهم منه لأنها سلمت نفسها إلى الزوج في منزله ثم مرضت فيه .

(وقـــال ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً ونفقة خادمها) هذه من مسائل القدوري ، ولما كان ظاهر هذا تكرار لأنه قال في أول الباب النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، عذره المصنف بقوله (والمراد بهذا) أي بقوله ويفرض للزوجة على الزوج النفقة إن كان موسراً ونفقة خادمها (بيان نفقة الخادم) وهناك لم يذكر نفقة الخـادم ، وتجب نفقته بإجماع الأئمة الأربعة .

وقالت الظاهرية لا تجب نفقة الخادم ، لأنه ما جاء فيه خبير يعتمد عليه ، وإنما قيـد بقوله إن كان موسراً وزاد فيـه هذا القيد ، لأنه إذا كان معسراً لا تجب عليه نفقـة الخادم . وإن كان لها خادم على ما روى الحسن عن أبي حنيفة . كذا في مختصر الكرخي وفي الاسبيجابي والينابيع وإن كان لها خادم متفرغ لخدمتهاليس له شغل غير خدمتها، يفرض له النفقة بالمعروف . وفي الذخيرة إن لم يكن لهاخادم لا يفرض له في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة ، وبه قال أحمد وأكثر أصحاب الشافعي .

وفي المبسوط عن زفر يفرض نفقة خادم واحد ، لأن على الزوج أن يقوم بمصالـــح طعامها وحوائجها ، وإذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ، ثم هي تقوم بنفسها ،اوتتخذ خادماً . ثم اختلف المشايخ في الخادم ، قيل المملوك لها حتى لو كانت حـــرة ، او غير مملوكة لهـــا لا تستحق . وقيل كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها . وينبغي أن ينقص نفقة لخادمها عن نفقة نفسها في حق الإدام لا الخبز .

ولهـذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها ، ووجهه أن كفايتها واجبة عليه ، وهـذا من تمامها ، إذ لا بد لها منه ، ولا تفرض لأكثر من نفقة خادم واحد . وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخـارج

(ولهذا) اي ولصحة ما قلت والمراد بهذا بيان الخادم (ذكر في بعض النسخ) اي في بعض نسخ القدوري (ويفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها) وقـال الأترازي ، وتلك النسخة هي الاصح ، لأن الشيخ أبا نصر اعتبرها في نسخته ، أعني الشرح المعروف بالأقطع (ووجهه) اي وجه وجوب نفقة الخادم (أن كفايتها) اي كفاية المرأة (واجبة عليه) اي على الزوج (وهذا من تمامها) اي فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المرأة (إذ لا بد لها منه) اي لأنه لا بد للمرأة من الخادم .

وهو واحد الخادم غلاماً كان أو جارية ، ثم المرأة إذا لم يكن لها خادم ، فهل يجب عليها أن تجبر وتعالج بنفسها . فإن قالت لا أفعل ، لا تجبر على ذلك ، لأن الواجب عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الاعمال ، بخلاف الخادم إذا امتنع من الخدمة لا يستحق النفقة .

(ولا تفرض) اي النفقة (لاكثر من خادم واحد) هذا لفظ القدوري في مختصرة ، ولم يذكر الخلاف . وكذا لم يذكر الحاكم الشهيد في مختصره ولا الكرخي في مختصره ، وذكر الخلاف شمس الائمة البيهقي والاسبيجابي ، وصاحب المختلف ، ولذلك ذكر المصنف أيضاً مثلهم قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) اي عدم فرض النفقة لاكثر من خادم عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول الجمهور وقول الائمة الاربعة .

(وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لانها) اي لان المرأة (تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل) اي داخل البيت (وإلى آخر) اي وتحتاج إلى خادم آخر (لمصالح الخارج)

ولهما أن الواحد يقوم بالامرين، فلا ضرورة إلى اثنين، ولانه لو تولى كفايتها بنفسه ، كان كافياً . فكذا إذا قام الواحد مقام نفسه، وقالوا إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته ، وهو أدنى الكفاية .

اي خارج البيت . وفي التحفة وهذا الذي ذكره عن أبي يوسف غير المشهور عنه ، لان المشهور من قوله كقولهما . وبه صرح الطحاوي في مختصره وفي فتاوى أهل سمرقند ، إذا كانت المرأة من بنات الاشراف وذوي الاقـــدار لها خدم كثير ، يجبر على نفقـة خادمين أحدهما للخدمة والآخر للرسالة . وعن أبي يوسف في رواية أخرى ، إذا كانت فائقـــة المعنى لها خدم كثير زفت إليه كذلك استحقت نفقة الخدم كلها ، وهو رواية هشام عن محمد واختاره الطحاوي (ولهما) اى ولابي حنيفة ومحمد :

(أن الواحد) اى الخادم الواحد (يقوم بالامرين) اى بمصالح الخارج ومصالح الداخل (فلا ضرورة إلى اثنين) لان ما زاد على ذلك فللزينة والتجمل (ولانه) اى ولان الزوج (لو تولى كفايتها بنفسه كان كافياً ، فكذا إذا أقام الواحد) اى الخادم الواحد (مقام نفسه) ولو كانت الزوجة أمة ، فلا نفقة لخادمها ولو كان له أولاد لا يكفيها خـــادم واحد ، فرض عليه خادمين او أكثر .

(وقالوا) اي المشايخ (إن الزوج للموسر يلزمه من نفقه الخادم مايلزم المعسر مـــن نفقة امرأته) اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة ، وهو النصاب من المال النامي الفاضل عن حاجته ، والغني الذى تحرم به الصدقة ، وتجب بـه الفطرة والاضحية ، هو أن يملك أن يساوى مائتي درهم فاضلاً عن ثيابه ومآربه وخادمه ومسكنه وفرسه وسلاحه ، وكتب العلم إن كان من أهله ، إذا لم يكن له فضـــل عن ذلك (وهو أدنى الكفاية) والضمير يرجع إلى قوله ما يلزم . والحاصل أن نفقة الخـادم أدنى الكفاية ، وهو ما يلزم المعسر من نفقة امرأته .

وفي النوادر روى قتادة عن جلاس عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه ، أنـه

وقوله في الكتاب إذا كان موسراً ، إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره . وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » ، وهو الاصح ، خلافاً لما قاله محمد « رح » لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية . وهي قد تكتفي بخدمة نفسها . ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ، ويقال لها استديني عليه ، وقال الشافعي « رح » يفرق ،

فرض لامرأة وخادمها في الشهر اثني عشر درهما ، أربعة للخادم ، وثمانية للمرأة ، منها درهمان للقطن والكتاب . وروي عن شريك أنه قال شهدت ابن أبي ليلى أنه فرض للمرأة ستة دراهم وللخادم ثلاثاً .

(وقوله في الكتاب) اى القدورى (إذا كان موسراً ، إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة) بن أبي زياد اللؤلؤى ، قال شيخنا برهان الدين الخوارزمي ، معنى الحسن إذا ذكر في نسخ الفقه لاصحابنا ، المراد به الحسن ابن زياد ، وإذا ذكر مطلقاً في كتب التفسير أن المراد الحسن البصرى (وهو الاصح) اى الذى رواه الحسن عن أبي حنيفة ، هو الاصح (خلافاً لمحمد) فإنه قال إلا إذا كان الزوج معسراً ، فإن كان له خادم فرض نفقة الخادم ، وإن لم يكن فلا يفرض (لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية ، وهي قد تكتفي بخدمة نفسها) هذا تعليل لما رواه الحسن .

(ومن أعسر بنفقة زوجته لم يفرق بينهما) اى بينه وبين امرأته وهو قول الزهرى وعطاء بن يسار ، والحسن البصرى ، وسفيان الثورى ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وحماد بن أبي سليمان ، والظاهرية (ويقال لها) اى للمرأة (استديني عليه) اى على الزوج . ومعنى الاستدانة أن تشترى الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه . وقال الخصاف معنى الاستدانة الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج.

(وقال الشافعي يفرق) وبه قال مالك وأحمد . وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنه ، بـــل أولى لان الحاجة إلى النفقة أقوى . ولنـــا أن حقه يبطل وحقها يتأخر . والاول أقوى في الضرر ، هذا لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي ، فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال

والعجز عن المسكن . وفي المهذب في العجز عن الكسوة والمسكن وجهان. وقال أبونصر من أصحابه في العجز عن الكسوة والمسكن يفسخ قولاً واحداً ، وهذا التفريق فسـخ عند الشافعي وأحمد . وقال مالك طلاق . وفي مدة حكم القاضي بالتفريق قولان في القديم يوم اعساره وفي الجديد يمهل ثلاثة أيام ، ولو غاب عنها ولم يعرف موضعه لم يثبت لها الفسخ . كـذا في الحلية . وللشافعي في الفسخ من الإعسار عن الصداق الواجب ثلاثـة أقوال أحدها له الفسخ قبل الدخول وبعده ، والثاني لا خيار لا قبل الوطء ولا بعده وهو اختيار المزني ، والثالث لها الفسخ قبل الدخول لا بعده واختـاره المروزى وأكثرهم . لو امتنع من الإنفاق عليها مع اليسر ، لم يفرق ، ويبيع الحاكم عليه مالـه ويصرفه في نفقتها . فإذا لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ، ولا يفرق .

(لانه عجز عن الإمساك بالمعروف ، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجـب والعنة) اى كما يفرق إذا وجد الرجل مجبوباً او عنيناً (وبل أولى) اى وبل التفريـق أولى (لان الحاجة إلى النفقة أقوى) من الجمـاع لان انقطاع الاولى مدة مهلكة دون الثاني (ولنا أن حقه) اى أن حق الزوج (يبطل) اى التفريق (وحقها يتأخر) لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي ، فيستوى في الزمان الثاني (والاول) اى بطلان حـق الزوج (أقوى في الضرر) فتحتمل أدنى الضررين فدفع الإعلام (وهذا) إشارة إلى ان تأخير حقها أقل ضرراً من بطلان حقه (لان النفقة تصير ديناً ، بفرض القاضي ،فتستوفى من الثاني) اي في الزمن الثاني .

(وفوت المال) مبتدأ وخبره قوله يلحق على صيغة المجهول ، وهو جواب عن قياس

تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل . وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج . فأمـا إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي ، كانت المطالبة عليها دون الزوج

الشافعي على الجب والعنة وتقريره ان فوت المال (وهو تابع)أي والحال انه تابع (في النكاح لايلحق بما هو المقصود وهو لتناسل التولد)توضيحه ان هذا القياس باطل لانه قياس بالفارق، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال ، وهو تابع في باب النكاح ، والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرق بالعجز عن المقصود جواز حله عن التابع .

(وفائدة الأمر بالاستدانة) جواب عما يقال لا فائدة في الإذن لها بالإستدانة بعـد فرض القاضي بالإستدانة لها،لأنها صارت ديناً بفرضه ، فأجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة (مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج) يعني من غير رضاه (فأمـا إذا كانت الإستدانة بغير أمر القاضي ، كانت المطالبة عليها دون الزوج) وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج او المرأة ، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج ، بل يرجع عليها ، ثم هي ترجع على الزوج بما فرض لها القاضي ، وهذا لأن الاستدانة على الزوج ، إيجاب الدين عليه فإذا جعل بأمر القاضي جعل إيجاب الدين عليه منها ، وليس لها على الزوج هذه الولاية .

فإن قلت استدل الشافعي ومن تابعه بما روي عن ابن المسيب أنه سئل عن ذلك، فقال يفرق بينهما سنة . قال الشافعي قوله سنة ، اي سنة رسول الله ﷺ . وبما روي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه عليه السلام قال في الرجل ، لا يجد ما ينفق على امرأتـه ، يفرق بينهما ، رواه الدارقطني . وبما روي في حديث أبي هريرة أنه عليه السلام قـال ، تقول أطعمني وإلا فارقني ، رواه البخاري وغيره .

قلت الجواب عن قول سعيد بن المسيب من وجوه الأول أنه لما روي ذلك عن عبـد الرحمن بن أبي زياد ، قال ابن حزم ، هو لا شيء ، فسقط الإحتجاج به ، والثاني أن قول

ابن المسيب أنه سنة لا نسلم أنه سنة الرسول عليه السلام ، لأن السنة كما تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره ايضاً . ألا ترى إلى قوله عليه السلام سن بكم معاذ سنة حسنة، وسنة العمرين فاشتبه بين العلماء والثالث أنه مرسل . والشافعي لا يجعل المرسل حجة . فإن قيل الشافعي استثنى مراسيل سعيد بن المسيب كلها ، ولا غيره ، والشرط عنه في العمل بالمرسل أن يروي من طريق آخر مرفوعاً او عمل به بعض الصحابة .

وقال ابن حزم ، وروى عن ابن المسيب قولان مختلفان ، فأيهما كان السنة والآخر خلاف السنة ، فبطل قوله السنة لاضطرابه ومخالفة بعضه بعضاً ، وقال أيضاً خالف ابن المسيب عمر وعلياً وغيرهما . والجواب عن حديثه الآخر أنه قيل لأبي هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ ، فقال لا هذا من كيس أبي هريرة . رواه عنه كذلك البخاري . ولأن ذلك من قول المرأة ، وليس فيه أن الرجل يلزم به ، فإن قلت الشافعي استدل أيضاً بقوله تعالى ﴿ فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان ﴾ ٢٢٩ البقرة ، فإن الرجل لما عجز عن الإمساك بالمعروف ، تعين التسريح بالإحسان ، فلما أبى ذلك ناب القاضي منابه دفعاً للظلم كما ذكرنا .

قلنا نحن أيضاً ، استدلنا بقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة ، فنظرة إلى ميسرة ﴾ ٢٨٠ البقرة ، نص الله تعالى عز وجل على أن المعسر يستحق الإنظار والإمهال، فلوأجلته المرأة في النفقة ما كان لها أن تطالب بالفرقة ، فكذا إذا ثبت الأجل شرعاً . وقد ذكرنا بقية دليلنا عن قريب ، ثم اعلم أن العجز عن الإنفاق لا يوجب التفريق عندنا ، ولكن مع هذا ، إذا فرق القاضي بينهما ، هل ينفذ قضاؤه أم لا .

قال الإمام أبو حفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول إذا ثبت العجز بشهادة الشهود فإن كان القاضي شافعي المذهب ، وفرق بينهما ، نفذ قضاءه بالتفريق . وإذا كان حنفياً لا ينبغي له أن يقضي بخلاف مذهبه إلا أن يكون مجتهداً ، او وقع اجتهاده على ذلك قضى مخالفاً لرأيه من غير اجتهاد .

فعن أبي حنيفة روايتان في جواز قضائه ، ولم يقض ، ولكن أمر شافعي المذهب

وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ، ثم أيسر فخاصمته ، تمم لها نفقة الموسر ، لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار ، وما قضي به تقدير لنفقة لم تجب .

ليقضي بينهما في هذه الحادثة بمقتضى التفريق إذا لم يرتش ، الآمر والمأمور بأن كان الزوج غائباً ، فرفعت المرأة الأمر إلى القاضي ، وأقامت البينة أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة ، وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما . قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لأنه قضاء في فصلين مختلف فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضاء عل الغائب . وكل واحد منهما مجتهد فيه .

وقال القاضي ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لأن القضاء إنما يجوز عند الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة إذا ثبت المشهور به عند القاضي ، وهو العجز لأن المال غاد ورائح ، ومن الجائز أن الغالب هنا صار غنياً ، ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة .

وقال صاحب الذخيرة أنه لا ينفذ قضاءه ، لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادراً . إن كان هذا ترك الإنفاق لا بالعجز عن الإنفاق ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر ، فان جاز قضاءه فالصحيح أنه لا ينفذ ، لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت .

(فاذا قضى القاضي لها بنفقه الإعسار ثم أيسر فخاصمته تم لها نفقة الموسر) اي تمم القاضي لها نفقة الرجل الموسر (لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار) لانها تجب شيئاً فشيئاً فيعتبر حالها في كل وقت (وما قضى به) كلمة ما مبتدأ وقضي مجهول ويجوز أن يكون معلوماً ، أي ما قضى به القاضي ، والضمير في به يرجع إلى المبتدأ وهو قوله (تقدير) بالرفع خبر المبتدأ ، وهو قوله ما وهي موصولة بمعنى الذي فافهم. وهذا جواب عما يقال ينبغي أن لا يتمم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول ، فأجاب بأن ما قضي به تقدير (لنفقة لم تجب) لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، وتقدير ما ليس بواجب لا

فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها ، وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها ، طالبته بذلك ، فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة، أو صالحت الزوج على مقدار نفقتها ، فيقضي لها بنفقة ما مضى، لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل ،

يكون لازماً لجواز متبدل السبب الموجب قبل وجوبه ، فإذا لم يكن لازماً فنحكم فيه حكم الحاكم .

(فإذا تبدل حاله) أي حال الزوج بأن صار موسراً (فلها المطالبة بتمام حقها) والفرض السابق لا يمنع الإتمام ، لأنه فرض قبل الوجوب ، فلا يتقرر حكمه ، وذلك مثل المعسر إذا حنث في يمينه ، فشرع في صوم الكفارة ، ثم أيسر يجب التكفير بالمال لزوال الإعسار .

(وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها) أي على المرأة في هذه المدة (وطالبته بذلك) أي وطالبت الزوج بما كان لها من النفقة (فلا شيء لها) يعني عندنا ، لأن النفقة لا تصير ديناً بمضي المدة ، كنفقة الأقارب (إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة) هذا استثناء من قوله فلا شيء لها ، حاصله أن النفقة لا تصير ديناً في الذمة إلا بأحد شيئين ، أحدهما بفرض القاضي النفقة والآخر هو قوله (او صالحت الزوج على مقدار منها) أي من النفقة، وبه قال أحمد في رواية .

وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، تصير ديناً بلا قضاء ولا تراض إلا عند مالك لو أقامت عند ستين ، وهو ملأى ، وادعت عليه انه لم ينفق عليها ، والزوج يدعي الإنفاق ، فالقول له مع يمينه ، وكذا في غيبته. أما لو أكلت معه ، سقطت نفقتها عند مالك والشافعي ، في الأصح ذكره في المنهاج .

(فيقضي لها بنفقة ما مضى) هذه نتيجة قوله إلا أن يكون القاضي فرض لها إلى آخره (لأن النفقة صلة) هذا تعليل لقوله ، فلا شيء لها بيان ذلك أن النفقة صلة (وليست بعوض عندنا) خلافاً للشافعي ومن معه (على ما مر من قبل) أشار به إلى ما ذكره من

فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء ، كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد ، وهو القبض . والصلح بمنزلة القضاء ، لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي ، بخلاف المهر ، لأنه عوض . وإن مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ، ومضى شهور ، سقطت النفقة .

الدليل في قوله ، وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها ، فلا نفقة لها . كذا قاله الاترازي ، وقال الاكمل يريد به قوله ان المهر عوض عن الملك ، ولا يجتمع العوضان عن عوض واحد ، فإن قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع ، لكن لا ينافي أن يكون عوضاً عن الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفاً في ملكه ، وذلك لا يوجب على المالك الملك عوضاً. فإن قيل لو كانت صلة ، لما وجبت على المكاتب ، أجيب بأنها صلة من وجهين ، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج وإذا ثبت أنها صلة (فلا يستحكم الوجوب فيهما) أي في النفقة (إلا بالقضاء) أي بقضاء القاضي .

(كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح) أي صلح المرأة معه على شيء (بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي) لان له أن يلتزم بالنفقة فوق ما يلتزمه القاضي بالمعروف ، فكان مصلحة بمنزلة القضاء بل أولى (بخلاف المهر) بقوله وليست بعوض حيث يجب بلا قضاء ولا تراض (لانه) أي لان وجوبه بكلوس (عوض) ألا ترى انه إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً فدخل بها أو مات عنها يلزمه مهر المثل .

(وإن مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت النفقة) خلافاً للأئمة الثلاثة . قال الكاكي هذا إذا فرض لها النفقة ، ولم يؤمر بالاستدانة انه على الزوج ، فاستدانت ، ثم مات أحدهما ، لا يبطل . ذكره الحاكم الشهيد في المختصر . وذكر الخصاف أنه يبطل . والصحيح ما ذكره في المختصر لان استدانتها بأمر القاضي ، وللقاضي ولاية عليها ، فكانت بمنزلة استدانة الزوج بنفسه . وفيه لا يسقط بموت أحدهما . كذا ههنا وكذلك في الطلاق ، يعني أن الديون المستدانة هل تسقط بالطلاق . فعلى روايتين ، في رواية لا يسقط وهو الصحيح كذا في الذخيرة .

وكذا إذا ماتت الزوجة ، لأن النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت ، كالهبة تبطل بالموت قبل القبض . وقال الشافعي «رح» تصير ديناً قبل القضاء ، ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده ، فصار كسائر الديون ، وجوابه قد بيناه . وإن أسلفها نفقة السنة ، اي عجلها ثم مات ، لم يسترجع منها بشيء . وهذا عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» .

(وكذا إذا ماتت زوجته ، لان النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت ، كالهبة تبطل بالموت) أي بموت الواهب أو بموت الموهوب له (قبل القبض) فإن قبل الهبة متأكدة بالقبض والنفقة متأكدة بعد القضاء ، فينبغي أن لا تسقط كالهبة المتأكدة بالقبض . قلنا قال في الإيضاح وإن صارت النفقة ديناً عليه بالقضاء ، ولكن معنى الصلة لا تبطل ، والصلات تبطل بالموت انتهى .

قلت قال الكاكي الدليل على أن معنى الصلة لا يبطل فيها أنه لم ينقل أحد من السلف والخلف الوصية بنفقة فيما إذا مضت مدة ، ولا بإخراجها عن تركته كسائر الديون وقد حكمت الشافعية بنفقة ستين سنة أو أكثر إذا أنكرت إنفاقه عليها ، وجعلوها كسائر الديون ، وبعد هذا لا يخفى ما فيه وجماعة من أصحاب الشافعي لا يرضون بهذا الحكم .

(وقال الشافعي يصير ديناً قبل القضاء ، ولا يسقط بالموت لأنه عوض ، فصار كسائر الديون) قال في شرح الأقطع قال الشافعي أنها تؤخذ من تركة الزوج ، وقال في الشامل وعن محمد أن يؤدي من ماله (وجوابه قد بيناه) أي جواب الشافعي على قوله أن النفقة عوض قد بيناه في مسألة ، وإن كانت صغيرة ولايستمتع بها لا نفقة لها . وهو ما ذكره بقوله ولنا في المهر عوض عن الملك ، ولا يجتمع العوضان عن عوض واحد (وإن أسلفها) هذا لفظ القدوري وفسره المصنف بقوله بأن (أعجلها نفقة السنة ثم مات) أي الزوج (لم يسترجع منها بشيء) أي لم يرجع على المرأة بشيء .

(وهذا) أي عدم الاسترجاع (عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») ولم يذكر هذا

وقال محمد « رح » يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي « رح » ، وعلى هذا الخلاف الكسوة ، لأنها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل الاستحقاق بالموت ، فيبطل العوض بقدره ، كرزق القاضي ، وعطاء المقاتلة ، ولهما أنه صلة ، وقد اتصل به القبض . ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة . ولهذا لو هلكت من غير

القدوري ، فلذلك قال المصنف وهذا باسم الإشارة ، وذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين أبي يوسف ومحمد « رح ، ولم يذكر خلاف أبي حنيفة ، وكذلك ذكر الولوالجي في فتاواه ، وكذا الخلاف لو ماتت المرأة ، فالكسوة كالنفقة ، وسواء كانت قائمة أو هالكة (وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد .

وفي البدائع وترد الباقي والمستهلك وفي الهلك لا تردبالاتفاق. وكذافي الينابيع، وأدب القاضي ، والذخيرة، وفيه الموت والطلاق قبل الدخول سواء. وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج ، فالجواب كذلك وفي شرح الأقضية اختلفوا ، فقيل لا يسترد بالاتفاق ، لأن العدة قائمة في موته .

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه (الكسوة) إذا أعجلها سنة ثم مات (لانها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالإحتباس) أي لسبب الاحتباس (وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض) وهو الذي كانت تستحقه عليه بالاحتباس (بقدره) أي بقدر كما إذا أعطى النفقة ليتزوجها، فمات قبل التزوج(كرزق القاضي) أي أخذ القاضي رزق مدة ، ثم مات قبل تمام المدةويرد فيما بقيبحساب ذلك (وعطاء المقاتلة) إذا أخروا أرزاقهم مدة ثم ماتوا ، قبل تمام المدة يسترد منهم فيما بقي من المدة (ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه صلة ، وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت ، لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت) أي النفقة (من غير

استهلاك لا يسترد شيء منهـــا بالإجماع . وعن محمد « رح » أنهـــا إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه ، لا يسترجع منها بشيء لأنه يسير ، فصار في حكم الحال . وإذا تزوج العبـــد حرة ، فنفقتها دين عليه يباع فيها ، ومعناه إذا تزوج بإذن المولى ، لأنه دين وجد في ذمته لوجود سببه ، وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلـق برقبته ، كدين التجارة في العبد التاجر . وله أن يفدى ، لأن حقها في

استهلاك لا يرد شيء منها) أي من النفقة (بالإجماع) بين أئمتنا وغيرهم .

(وعن محمد) أي وعن محمد رواها ابن رستم عنه (أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه ،لا يسترجع منها بشيء لأنه) أي لأن السهر أو ما دونه (يسير فصار في حكم الحال) أي صار الشهر وما دونه في حكم القاضي ، يعني أن نفقة الحال لا تسترد ، فكذلك نفقة الشهر ، وفي بعض النسخ في حكم الحال ، وإن كان أكثر من شهر ترك منها مقدار نفقة شهر استحساناً ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك .

(وإذا تزوج العبد حرة ، فنفقتها دين عليه يباع فيها) اي يباع العبد فيِنفقة الحرة ، وهذه من مسائل القدوري ، وقال المصنف (ومعناه) اي معنى هذاالكلام (إذاتزوج) اي العبد (بإذن مولاه) وإنما فسره بهذا التفسير ، لانه إذاتزوج بغير إذن مولاه ،لايصح العقد ، وإنما قيد بالحرة ، لان المرأة إذا كانت أمة ، لا تستحق النفقة قبل البتونة على ما يجيء إن شاء الله تعالى (لأنه) اي لان النفقة ذكره باعتبار الإتفاق (دين وجب فيِذمته) لان النفقة من أحكام العقد ، فيستوي فيها الحر والمملوك كالدين(لوجودسببه)وهوالعقد (وقد ظهر وجوبه في حق المولى) لان السبب كان بإذنه ، وكان راضياً بوجوب النفقة عليه (فيتعلق برقبته) اي برقبة العبد (كدين التجارة في العبد التاجر) المأذون تتعلق الديون برقبته .

(وله) اي للمولى (ان يفدى) اي ان يفديه المولى (لان حقها) اي حق المرأة (في

النفقة لا في عين الرقبة ، ولو مات العبد سقطت ، وكذا إذا قتل في الصحيح لأنه صلة .

النفقة لا في عين الرقبة) اي رقبة العبد . فإذا أوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك ، فلا يباع العبد ، وكذا الحاكم في المدبر والمكاتب ، إذا تزوجها بإذن المولى بحرة او أمة بعد البتوتة ، حيث تجب النفقة عليهما ، ولكنهما لا يباعان في النفقة والمهر ، لانهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك ، بل يؤمران بالسعاية . ثم إذا بيع العبد في النفقة ، واجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع أيضاً .

قال شمس الأئمة السرخسي وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة ، إلا النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان ، فذلك في حكم دين حادث . وقال الولوالجي في فتاواه ، إذا بيع في المهر مرة او بقي شيء من المهر ، فإن لم يف الثمن بكل المهر ، لا يباع مرة أخرى ، بل يتأخر إلى ما بعد العتق . وفي الكافي للحاكم الشهيد وشرحه للسرخسي ، إذا كان للعبد او المدبر ولد من أمة ، انه لم يكن عليه نفقة الولد ، لانها ان كانت أمة ، فالولد ملك لمولاها ، وان كانت حرة ، فولدها يكون حراً ، ولا تجب نفقة مملوكة على حر ولا على مولاه ، لان ولده أجنبي منه ، وكذلك المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده ، سواء كانت المرأة حرة او أمة ، لهذا المعنى .

واتفقت الأئمة الأربعة في وجوب النفقة على العبد ، لكن لا يباع العبد في النفقة عند الشافعي وأحمد ، ويثبت لها الخيار في الفرقة عند الشافعي وعند أحمد على سيده ، وفي رواية في كسبه وفي التنبيه وفي تميز المكتسب على سيده في قول على العبد يتبع بعد العتق . وفي المكتسب في كسبه ، وفي المأذون له في التجارة فيما في يده ، ولها ان تفسخ ان شاءت .

(ولو مات العبد سقطت) اي لو مات العبد سقطت ، اي لو مات الذي تزوج بإذن المولى سقطت النفقة ، ولا يؤاخذ المولى بشيء من ذلك لفوات محل الاستيفاء (وكذا) اي وكذا تسقط النفقة (إذا قتل) اي العبد لان المقتول ميت بأجله ولا أجل او سوى هذا وقد عرف في موضعه .

(في الصحيح) قيد به احترازاً عن قول الكرخي ، لانه قال ينتقل إلى قيمته . قال القدوري هذا ليس بصحيح ، والصحيح السقوط بالموت (لانها) اي لان النفقة . (صلة)

وإن تزوج الحرامة فبوأها مولاها معه منزلاً ، فعليه النفقة لأنه تحقق الاحتباس ، وإن لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس ، والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ، ولا يستخدمها . ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة ،لأنه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح . ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها ، لا يسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً ، والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة

فتبطل بالموت (وان تزوج الحرامة فبوأها مولاها معه منزلا ، فعليه النفقة) وفي بعض النسخ وان تزوج الرجل أمة وهذا أولى لعمومه ، لان الحكم لا يختلف بين ان تكون الأمة تحت حر ، أو عبد نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر الكافي (لانه تحقق الاحتباس) فتجب النفقة (وإن لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) أي من قبل الزوج ، فإن قيل احتباس المولى بحق له شرعاً ، فكان كاحتباس الحرة نفسها لصداقها ، فينبغي أن لا يسقط . قلنا ليس كذلك ، لأن في احتباس الحرة لصداقها فوت الاحتباس عن الزوج حين امتنع عن أداء صداقها ، وهنا التفويت ليس من قبل الزوج .

(والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها) هذا تفسير لقوله فبوأها وهي أن يخلي المولى بين أمته وبين العبد في منزله ، ولا يستخدمها أي الأمه ، وهو بالنصب عطفاً على قوله أن يخلي (ولو استخدمها) أي ولو استخدم المولى أمة (بعد التبوئة سقطت النفقة ، لأنه فات الإحتباس) فلا يجب بشيء (والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح) أي في باب نكاح الرقيق ، حيث قال أبوئها ، ثم بدا له أن يستخدمها ، كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح .

(ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها ، لا تسقط النفقة ، لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً) أي للتبوئة ، وكانت الخدمة من الجارية من غير استخدام المولى (والمدبرة وأم الولد في هذا) أي في عدم وجوب النفقة (كالأمة) يعني كما أن الأمة

فصـــل

وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ، ليس فيها أحد من أهله ، إلا أن يختار ذلك ، لأن السكنى من كفايتها ، فيجب لها

لا نفقة لها،قبل التبوئة،فكذلك المدبرة وأم الولدلا نفقة لهما قبل التبوئة،بخلاف المكاتبة، حيث تجب لها النفقة ، إذا لم تحبس نفسها منه ظالمـــة ، ولا تشترط التبوئة ، لأن السيد ليس له أن يستخدمها ، ولا يملك منعها من الزوج ، لأنها صارت أخص بنفسها ومنافعهـا بالكتابـــة ، فلـو ضاعت الكسوة أو النفقة أو سرقت ، لم يجدد حتى يمضي الوقت بخلاف المحارم .

والفرق أن نفقة المحارم مقدرة بالحاجة ، بخلاف الزوجة ، فإنها غير مقدرة بالحاجة في حقها ، حتى تأخذها مع الغني بخلاف المحارم ، لأن لا يفرض لهم مع غنـائهم إذا كان الزوج صاحب مائدة ، وطلبت المرأة الفرض ، لا يفعل . وفي خزانـــة الاكمل قول القاضي استديني عليه كذا فرض عليه . ولو قال الزوج استديني ، لا يصير فرضاً ما لم تقل علي وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ، ولم يكتف بفراش واحد لهما ، لأنه قد تغير لهما في الحيض والمرض . وقد جـــاء فراش لك وفراش لاهلك وفراش لطفلك ، والرابع للشيطان . ولو اختلفا في اليسرة والعسرة ، فالقول له مع يمينه ، والبينة لهـا وبـه قال الشافعي وأبو ثور وذكر محمد في الزيادات أن القول لها مع يمينها .

(فصل)

أي هذا فصل ، ولما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى (وعلى الزوج أن يسكنها) أي يسكن امرأته (في دار مفردة ليس له فيها أحد من اهله) كأمه وأخته أوأحد من قراباته ، لأن السكنى حقها ، فليس للزوج أن يترك غيرها معها ، كالنفقة .

(إلا أن يختار ذلك) أي إسكان غيرها معها (لان السكنى من كفايتها ، فتجب لها

كالنفقة. وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة، وإذا وجب الإسكان حقاً لها ليس له أن يشرك غيرها فيه، لأنها تتضرر به، فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها عن المعاشرة مع زوجها، ومن الاستمتاع إلا أن تختاره،

كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى، مقروناً بالنفقة) أراد به ما ثبت في قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في قوله تعالى ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ ٦ الطلاق، أي من طاقتكم، يعني ما تطيقونه. وقال الاترازى ما كان يحتاج صاحب الهداية أن يقول، أوجبه الله مقروناً بالنفقة، لان القران في النظم لا يدل على القران في الحكم، فلو اقتصر على قوله أسكنوهن انتهى. قلت لو اقتصر هو عن هذا الكلام لكان أولى وأجدر، لانه لم يكن في صدر البحث في النظم هل يوجب القران في الحكم أولا، وإنما ذكره بحسب ظاهر قراءة ابن مسعود « رض » على أن في هذا خلافاً بين الاصوليين.

(وإذا وجب الإسكان) حال كونه (حقاً لها، فليس له أن يشرك غيرها فيه، لانها تتضرر به) أي بإسكان الغير معها (لانها لا تأمن على متاعها) وأثاث بيتها (وتمنع ذلك) أي إسكان الغير معها (عن المعاشرة مع زوجها) لان الغير يبقى مثل الراقوب عليها (ومن الاستمتاع) بالجماع ودواعيه. وقيل إذا كان هناك صغير جداً، لا يفهم الجماع لا ينبغي أن يمنع. وفي الفتاوى ليس له أن يمسكها مع أمة في بيت واحد. وإن أسكنها في بيت من داره، والأمة في بيت، جاز له ذلك. والصحيح انه يحتاج إلى استخدامها في كل ساعة، فله أن يسكنها معها للضرورة، لكن يكره أن يجامعها بحضرة أمته.

وفي الخزانة معه عشرة من الخدم، يحل له وطؤهن، وتصح الخلوة معهن. وكذا مع ضرتها ونقل في خلاصة الفتاوى عن أدب القاضي للخصاف شكت المرأة عند القاضي، ان الزوج يضربها، فطلبت أن يسكنها عند قوم صالحين، إن علم به زجره، وإن لم يعلم إن كان جيرانه صالحين أقرها فيه، لكن يسألهم إن أخبروه كما شكت زجره وإن لم يكونوا صالحين أو يميلون إليه أمره بالإسكان عند قوم صالحين (إلا أن تختار ذلك)

لأنها رضيت بانتقاص حقها . وإن كان له ولد من غيرها ، فليس له أن يسكنه معها لما بينا، ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد، وله غلق، كفاها لأن المقصود قد حصل ، وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها ، لأن المنزل ملكه ، فله حق المنع من دخول ملكه ، ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا ، لما فيه من قطيعة الرحم ، وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وإنما يمنعهم من القرار لأن الفتنة في

أى تختار المرأة إسكان الغير معها (لانها رضيت بانتقاص حقها) لان المنع كان لحقها ، فإذا أسقطت حقها لا يبقى لها كلام .

(وإن كان له ولد من غيرها) أى من غير امرأته التي معه (فليس له أن يسكنه) أى ولده (معها لما بينا) أشار به إلى قوله لانها تتضرر (ولو أسكنها) أى امرأته (في بيت من الدار مفرد وله غلق، كفاها لان المقصود قد حصل) وقال الفقيه أبو الليث في الفتاوى عن أبي بكر الإسكاف، أنه قال إذا كان في الدار بيوت ، وقد فرغ لها بيتاً منها لم يكن لها أن تطلب من الزوج بيتاً آخر ، لانه حينئذ يمكنه أن يجامعها من غير كراهته (وله) أى للزوج (أن يمنع والديها وولدها من غيره) أى من غير هذا الزوج (وأهلها) قرابتها (الدخول عليها) أي على المرأة والدخول منصوب بقوله أن يمنع (لأن المنزل ملكه) أي ملك الزوج (فله حق المنع من دخول ملكه) كما في سائر منازله .

(ولا يمنعهم من النظر إليها) أي إلى المرأة (وكلامها) أي لا يمنعهم أيضاً من كلامهم معها (في أي وقت اختاروا لما فيه) أي في المنع من النظر والكلام (من قطيعة الرحم) وهي حرام لما روي في الصحيح عن جبير بن مطعم ، أنه سمع النبي ﷺ يقول ، لا يدخل الجنة قاطع (وليس له في ذلك ضرر) أي ليس للزوج في نظرهم إليها ، وكلامهم معها ضرر .

(وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وإنما يمنعهم من القرار ، لأن الفتنة في

اللباث وتطويل الكلام . وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ،
ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة . وفي غيرهما من المحارم
التقدير بسنة مرة وهو الصحيح . وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل
يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب
وولده الصغار ووالديه . وكذا إذا علم القاضي ذلك ،

اللباث) أي في اللبث وهو المكث (وتطويل الكلام) لأن تطويل الكلام يؤدي إلى القال والقيل فينتج الشر والفساد (وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين) لاحتمال أنهما لا يأتيان إليها . فإذا منعها زوجها عن الخروج اليها ، توهم فيها العقوق الذي هو من الكبائر (ولا يمنعها من الدخول عليها) أي ولا يمنع الزوج والديها من الدخول عليها (في كل جمعة) وعليه الفتوى (وفي غيرهما) أي في غير الوالدين من المحارم (التقدير لسنة مرة) واحدة (وهو الصحيح) احترز به عن محمد بن مقاتل ، فإنه قال لا يمنع المرأة من زيارة المحرم في الشهر مرة أو مرتين ، وعلى هذا الخلاف ، خروجها لعمها وخالها . وعن الحسن لا يمنعها من زيارة الأقارب في كل شهرين أو ثلاث ، ولا يمنع محارمها من الدخول عليها في كل جمعة ويمنعهم من الكينونة .

(وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به) أي بالمال أنه للغائب (وبالزوجية) أي ويعترف أيضاً بأن هذه المرأة للرجل الغائب (فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده ووالديه) وكذا يفرض نفقة أولاده الكبار والزمنى والإناث ، وقال زفر لا يفرض عنه شيء . كذا في شرح الأقطع ، وإنما اعتبر إقراره بالمال والزوجية ، لأن المديون أو المودع ، إذا جحد الزوجية أو المال لم تقبل بينتها على شيء من ذلك أما على الزوجية ، فلأن المودع أو المديون ليس بخصم عن الغائب في إثبات النكاح عليه ، والاشتغال من القاضي بالنظر ، إنما يكون بعد العلم بالزوجية ولم يوجد العلم ، فلا يؤمر بالنظر ، وكان أبو حنيفة أولاً يقبل بنيتها على الزوجية ، ثم رجع وقال لا تقبل .

(وكذا) أي وكذا يفرض القاضي النفقة لهؤلاء المذكورين (إذا علم القاضي بذلك)

ولم يعترف به لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة، فقد أقر أن حق الأخذ لها، لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنـــه لو أنكر أحـــد الأمرين،

أي ما ذكر من الزوجية والمال للغائب (ولم يعترف) أي والحـــال ان صاحب اليد لم يعترف (به) أي بما ذكر من الزوجية والمال (لأنه) أي لأن صاحب اليد (لمـــا أقر بالزوجية وبالوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها) أي للمرأة (لأن لها أن تأخذ من مـــال الزوج حقها من غير رضاه) أي من غير رضى الزوج لحديث هند امرأة أبي سفيان ،خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف وقد مر عن قريب ، فـإن قيل يشكل على هذا ما لو حضر صاحب الدين غريماً أو مودعاً للغائب ، وهما مقران بالدين على الغائب ، لا يأمره القاضي بقضاء دينه من الوديعة والدين قلنا ، أن القاضي يأمر في حق الغائب بما هو أنظر له ، في الأمر بالإنفاق لهؤلاء نظر له بإبقاء ملكه لنا في قضاء دينه ليس فيه بقاء ملكه ، بل هو قضاء عليه بقول الغير .

(وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال ، ينبغي أن لا يصح إقراره ، لأنه إقرار على الغائب ، فأجاب بقولـــه ، وإقرار صاحب اليد ، وهو الذى عنده الوديعة ، مقبول في حق نفسه لأنه أقر بإزالة يده ، وهي حق على الغائب (لا سيما ههنا) أي في هذه المسألة ، وسيما معناه ، خصوصاً ههنـــا وهو مركب من السي وكلمة ما ، والسي الميل أصله سوى ، قلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء والاسم بعده يجرى مجراه . وإذا كانت ما زائدة ويجيء مرفوعاً خبر لمبتدأ محذوف إذا كانت ما موصوله ، ويجيء منصوباً بالاستثناء بمعنى الآن إلا للإخراج ، ولا سيا أيضاً للاخراج ، ولكن بإثبات ما هو الأفضل له ، تقول أكرمني القوم لا سيما زيداً ، يعني أن إكرام زيد أكثر وأبلغ من إكرامهم ، فهذا كذلك بيانـه أن إقرار صاحب اليد في سائر مواضع مقبول في حق نفسه ، وقيل عليه البينة إذا أنكر الحق .

(فإنه) أى فـإن صاحب اليد (لو أنكر أحد الأمرين) أى الوديعة أو الزوجية

لا تقبل بنيــــة المرأة فيـه ، لأن المودع ليس بخصم في إثبـات الزوجية عليه ، ولا المرأة خصم في إثبــــات حقوق الغـائب . فإذا ثبت في حقه ، تعدى إلى الغائب . وكذا إذا كان المال في يده مضاربة ، وكذا الجواب في الدين ، وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير ، أو طعاماً أو كسوة من جنس حقها . أما إذا كان من خلاف جنسه ،لا تفرض النفقة فيه،لأنه يحتاج إلى البيــع ، ولا يباع مال الغائب بالإتفاق .

(لا تقبل بنية المرأة فيه) أى في أحد الأمرين لان إقامتهـا إذا كانت للزوجية فلا تسمع (لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه) أى على الغائب ، وإن كانت إقامتهـا لإثبات الوديعة فلا تسمع أيضاً ، لأن المرأة ليست بخصم ، وهو معنى قولـه (ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب ، فإذا ثبت حقـــه) أى فإذا ثبت باقراره على نفسه في حقه (تعدى إلى الغائب) لكونه ما أقر بملكه . قال تاج الشريعة كالمنفرد بهلال رمضان ، تثبت الرمضانية في حقه ، ثم تتعدى إلى غيره .

(وكذا) أى وكذا يفرض القاضي النفقة للمذكورين (وإذا كان المال في يده) أى في يد صاحب اليد (مضاربة) بأن كان صاحب المال ضاربه ليعمل فيه (وكذا الجواب في الدين) يعني إذا حضرت المرأة غريم زوجها الغائب عند القـــاضي ، فاعترف بالدين والزوجية ، فرض القاضي النفقة وإن جحد أحدُهما فلا (وهذا كله) أى هذا الذى قلنا من فرض القاضي النفقة عند اعتراف صاحب اليد بالزوجية والمال كله (إذا كان المال من جنس حقها) أى حق المرأة (دراهم أو دنانير أو طعاماً أو كسوة) أى أو كان كسوة (من جنس حقها) أى جنس ما يكسى مثلها المرأة ، يعني فيها الكسوة ، لأنها جنس حقها المستحق .

(أما إذا كان من خلاف جنسه) أى من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض (لا يفرض النفقة فيه ، لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مـــال الغائب بالاتفاق) عند

أما عند أبي حنيفة « رح » ، فلانه لا يباع على الحاضر. وكذا على الغائب . وأمـــا عندهما فلأنه إن كان يقضي على الحاضر ، لأنه يعرف امتناعه ، لا يقضي على الغائب ، لأنه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلاً بها نظراً للغائب لأنها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج ، وانقضت عدتها ،

أصحابنا (أما عند أبي حنيفة ، فانه لا يباع على الحاضر) يعني لو كان حاضراً ما كان للقاضي أن يبيع ماله ، لأن بيع القاضي على وجه الحجر ، والحجر على العاقل البالغ باطل عنده . فاذا كان غائباً بطريق الأولى ، وهو معنى قوله فكذا على الغائب .

(وأما عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد (فلأنـــه إن كان يقضي على الحاضر) إذا ثبت امتناعه من الحق الذى عليه ، وهو معنى قوله (لأنه يعرف امتناعه) فيقضي لأجل امتناعه وقوله (لا يقضي على الغائب) خبر كان وانما لا يقضي عليه (لأنـــه لا يعرف امتناعه) ولكن لا يجوز للأبوين بيع عروض الولد الغائب عند أبي حنيفة استحسانـــاً ، ولا يتعرض له القاضي ، ويصرفان في أنفسهما بالمعروف كذا في التحفة .

(قال) أى القدوري (ويأخذ منها) أى من المرأة (كفيلاً بها) أى بالنفقة (نظراً للغائب) وقال السرخسي، وهذا أحسن ، وإن لم يأخذه ، جاز له ذكره في أدب القاضي للخصاف وقال الصدر الشهيد ، والصحيح الكفيل نظراً للغائب . ولكن القاضي يحلفها أولاً على أن يزوجها ، لم يعطها النفقة أن يجوز أن يعطيها نفقتها ، قبل أن يغيب . ومع تلبس الأمر على القاضي ، فيأخذ النفقة ثانياً ، ثم إذا حلفت أعطاها النفقة وأخذ منهـــا كفيلا (لأنها) أى لان المرأة :

(ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها) فلا تستحق شيئاً ، ثم الكفالة بالنفقة تصح ،ولا يجبر عند محمد. وعند أبي يوسف يجبر استحساناً ذكره في جوامع الفقه . وفي الخزانة تصح الكفالة ، ولم يذكر خلافـــاً ، فإن أطلق الضمان فهو على شهر عند محمد على الأبد ما دام النكاح باقياً ، فإن ضمن كل شهر ، فهو على شهر واحد ، وكذا عند كل

فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة، ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً آخر، حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة «رح» لأن هناك المكفول به مجهول. وههنا معلوم، وهو الزوج يحلفها بالله عز وجل ما أعطاها النفقة نظراً للغائب. قال ولا يقضي بنفقة في مال غائب، إلا لهؤلاء. وجه الفرق، هو أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي، وهذا

شهر، فإن رجع بعد مضي الشهر، لم يلزمه في الشهر الثاني. وقال أبو يوسف يلزمه أبداً، والأصح رجوعه ولو طلقها يلزم الكفيل نفقة العدة، لأنها نفقة النكاح إن كان لها نفقة كل شهر فأبرأته صحت عن نفقة شهر واحد. فإن كفل بنفقة سنته لزمه ذلك، وكذا لو قال أبداً وما أشبه به.

(فرق) أي أبو حنيفة فرق (بين هذا) أي بين أخذ الكفيل هنا (وبين الميراث) في ترك أخذه من الميراث وهو (أنه إذا قسم) أي الميراث (بين ورثة حضور) أي حاضرين (بالبينة، ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً آخر، حيث لم يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة، لأن هناك) أي في مسألة الميراث (المكفول به مجهول، فلا يصح، وههنا) أي في مسألة الكتاب (معلوم) أي المكفول له معلوم (وهو الزوج) فيصح (فيحلفها) أي فيحلف القاضي المرأة (بالله عز وجل ما أعطاها) أي الزوج (النفقة نظراً للغائب) وقد ذكرناه الآن.

(قال) أي القدوري (ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء) أي لهؤلاء المذكورين من الزوجة والأولاد الصغار والوالدين والأولاد الكبار الزمنى والإناث (ووجه الفرق) يعني بين قضاء القاضي لهؤلاء المذكورين بالنفقة في مال الغائب. وبين عدم جواز قضائه لغيره من الآباء، كالأخ والعم وسائر ذوي الأقارب (وهو) أي وجه الفرق (أن نفقة هؤلاء المذكورين واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا) أي لوجوب نفقة هؤلاء قبل قضاء

كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم ، أما غيرهم من المحارم ، فنفقتهم إنما تجب بالقضاء ، لأنه مجتهد فيه ، والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا ولو لم يعلم القاضي بذلك ، ولم يكن مقراً به ، فأقامت البينة على الزوجية ، أو لم يخلف مالاً ، فأقامت البينة على الزوجية ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ، ويأمرها بالاستدانة ، لا يقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب . وقال زفر « رح » يقضي فيه لان فيه نظراً لها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها ، فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف فقد صدق .

القاضي (كان لهم أن يأخذوا إنما الحاجة إلى قضاء القاضي إعانة لهم) أي لهؤلاء .

(أما غيرهم) أي غير هؤلاء (من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء) أي بقضاء القاضي (لأنه مجتهد فيه) لأن الشافعي لا يقول بوجوب النفقة في غير الولاد ، فلما كان وجوبها بالقضاء (والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا) فلا يقضى لهم بالنفقة في مال الغائب (ولولم يعلم القاضي بذلك) متصل بقوله وكذا إذا علم القاضي بذلك ، قوله بذلك أي بالزوجة (ولم يكن) أي الرجل المودع (مقراً به) هو متصل بقوله ولو لم يعترف به (فأقامت) أي المرأة (البينة على الزوجية) أي على انها زوجة له (أو لم يخلف) أي الزوج (مالاً فأقامت البينة على الزوجية) أي على انها زوجة له (ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالإستدانة لا يقضي القاضي بذلك ، لأن في ذلك قضاء على الغائب) فلا يجوز .

(وقال زفر يقضي) يعني يسمع البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج ، وإن لم يكن له مال ، يأمرها بالاستدانة (لأن فيه نظراً لها ، ولا ضرورة فيه على الغائب ، فإنه) أي فإن الزوج (لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد) أى وإن أنكر الزوج ذلك (يحلف) فإن نكل أى عن اليمين (فقد صدق) المرأة .

وإن أقامت بينة ، فقد ثبت حقها ، وإن عجزت ، يضمن الكفيل أو المرأة ، وعمل القضاة اليوم على هذا ، أنه يقضي بالنفقة على الغائب ، لحاجة الناس ، وهو يجتهد فيه ، وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها ، لم نذكرها

فصل

وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان أو بائناً ،

(وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت) أى عن البينة (يضمن الكفيل أو المرأة) فإن ضمن الكفيل يرجع على المرأة (وعمل القضاة اليوم على هذا) أى على قول زفر (أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس إليه ، وهو مجتهد فيه) أى بين علمائنا، إما لأن فيه خلاف زفر ، أو لأن فيه خلاف أبي يوسف على ما ذكر الخصاف مطلقاً ، أو على قوله الأول ، أول على ما ذكره في مختصر الكافي ، ثم على قول من يفرض ، لا تحتاج المرأة إلى اقامة البينة ، أن الزوج لم يخلف مالاً للنفقة .

(وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها لم يذكرها) منها أن القاضي إذا لم يكن عالماً بالنكاح ، فأقامت البينة على النكاح ، يقبل في قول أبي حنيفة وحده الأول ، ومنها لو أقامت البينة على المودع أو المديون الجاحد للنكاح والنفقة على قول أبي حنيفة أولاً ،ثم رجع ، قال لا يقبل ، ومنها أن البينة على قول أبي يوسف أولا تقبل ، ولكن لا تقضي بالنكاح . كذا في التتمة والفتاوى الصغرى .

(فصل)

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى وما به قيام النكاح بينهما شرع في بيان ذلك بعد المفارقة (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان)أى الطلاق (أو بائناً) وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، وعبد الله بن مسعود،وعائشة

وقال الشافعي « رح » لا نفقة للمبتوتة ، إلا إذا كانت حاملاً ، أما الرجعي، فلأن النكاح بعده قائم ، لا سيا عندنا ، فإنه يحل له الوطء.

وأما البائن فوجـــه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس ، قالت طلقني زوجي ثلاثاً ، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة ، ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ، ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه ،

وأسامة بن زيد بن ثابت في رواية ، وجابر في رواية وبه قال سعيد بن المسيب ، وشريح ، والأسود بن زيد والشعبي والثوري والحسن بن حي ، وأحمد في رواية .

(وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها ثلاثاً ، أو بعوض حتى وقع الطلاق بائناً عنده ، وهو قول ابن عباس وجابر في رواية ، وبـــه قال مالك وأحمد في المشهور وعطاء وطاووس وعمرو بن ميمون وعكرمة والليث بن سعد وداود (إلا إذا كانت حاملا) فإنها يجب لها بالإجماع خلافاً للظاهرية ، وعند الشافعي ومالك لا سكن لها أيضاً (أما الرجعي) أى أما الطلاق الرجعي (فلأن النكاح بعده قائم لا سيا) أى خصوصاً (عندنا فإنه يحل له الوطء) في الطلاق الرجعي حتى يكون رجعياً .

(وأما البائن فوجه قوله) أي قول الشافعي (ما روي عن فاطمة رضي الله تعالى عنها بنت قيس قالت ، طلقني زوجي ثلاثاً ، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا البخاري عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت ، طلقني زوجي ثلاثاً ، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ ، في السكنى والنفقة ، فلم يجعل لي سكنة ولا نفقة ، فأمرني أن أعتد في بيت ابن ام مكتوم . وفاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية الصحابية أخت الضحاك بن قيس ، وأم زوجها أبو عمرو بن حفص وذكر النسائي ان اسمه أحمد ، وقال القاضي الأشهر في اسمه عبد الحميد وقيل كنيته .

(ولانه لا ملك) اي لا ملك ههنا (وهي) اي النفقة (مرتبة على الملك) فلا تجب (ولهذا) اي ولأجل عدم الملك (لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه) اى لانعدام

بخلاف ما إذا كانت حامــلاً لأنا عرفناه بالنص ، وهو قوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن) ... الآيـــة ٦ الطلاق ، ولنا أن النفقة جزاء احتباس ، على ما ذكرنا ، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح ، وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد ، فتجب النفقة . ولهـذا كان لها السكنى بالإجماع ، وصار كما إذا كانت حاملاً .

الملك بخلاف ما إذا كانت حاملا) يعني تجب لها النفقة (لانا عرفناه) اى عرفنا وجوب النفقة للحامل (بالنص وهو قوله تعالى ﴿ وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن ﴾ ٦ الطلاق) .

(ولنا ان النفقة جزاء حق الاحتباس على ما ذكرنا) وفي بعض النسخ على مابينا ، اى في أول النفقة (والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد) الحكم المقصود بالنكاح هو التوالد والاستمتاع . قـــال تاج الشريعة بخلاف المضارب إذا كان يعمل في المصر ، حيث لا تجب نفقته في مال المضاربة ، لأنـــه ليس بمحبوس بحق رب المال قصداً وبخلاف الصغيرة التي لا يستمتع بهـــا ، أما الكبيرة الرتقاء فلها النفقة (إذ العدة واجبة لصيانة الولد ، فتجب النفقة ، ولهذا كان لها) أى المبتوتة (السكن بالإجمـاع) دعوى الإجماع فيه نظر ، لأن السكنى لا تجب على مذهب الحسن البصرى ، وعطاء بن أبي رباح والشعبي وإسحاق وإبراهيم في رواية وأهل الظاهر (وصار) أى حكم المبتوتـة (كما إذا كانت حاملا) وجوب النفقة إذا كانت حاملا لا يخلو من أحد الأمرين .

أما إن كان لأجل العدة ، ولهذا إذا كان الحمل غنياً ، بأن ورث من أخيه من أمه ، أو أوصى لـه بها ، كما يجب على الزوج نفقة المطلقة الحامل ، فلو كان لأجل الولد ، لا يجب لأن نفقة الولد على الأب لا تجب إذا كان الولد غنياً ، ألا ترى أنه إذا أنفق على الولد ،ولم يعلم بأنه غني ، ثم تبين بأنه غني يرجع عليه ،وهنا لا يرجع عليه ، وإن كان بحكم الحاكم ، فعلم أن النفقة كانت لأجل العدة ، وفي هذا المعنى الحابل والحامل سواء .

فإن قلت إذا كان كذلك ، فما فائدة القيد بالحمل في الآية ، قلت أن الحامل تستحق

وحديث فاطمة بنت قيس « رح » وعمر « رض » فإنه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت . سمعت رسول الله ﷺ يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة .

النفقة بقدر عدتها ثلاثة أقراء ، فوقع الاشكال ان الحامل تستحق النفقة في مقدار هذا الزمان أو أكثر ، فأزال هذا الاشكال ان الحامل تستحق النفقة وإن طالت مدة الحمل بقوله تعالى ﴿ حتى يضعن حملهن ﴾ ٦ الطلاق ، فإن قلت انقطعت الزوجية في المبتوتة ، فلا يجب لها النفقة كالمتوفى عنها زوجها ، قلت يمنع صحة القياس ، لان النفقة جزاء الاحتباس ، والمبتوتة محبوسة عن سائر الازواج في بيت زوجها في عدتها ، فتجب لها النفقة كما في الرجعي ، بخلاف المتوفى عنها زوجها ، لانها ليست بمحبوسة لحق الزوج بل لحق الشرع .

(وحديث فاطمة) هذا جواب عن حديث فاطمة بن قيس الذى احتج به الشافعي ، تقديره أن حديث فاطمة (رواه عمر « رض ») يعني ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه . (فإنه قال لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت . حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله ﷺ يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة) هذا الحديث أخرجه مسلم عن ابن اسحاق قال حديث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ، أن رسول الله ﷺ قال ، لاسكنى لها ولا نفقة ، فأخذ الاسود كفاً من تراب فحصبه به ، فقال ويلك تحدث بمثل هذا .

قال عمر رضي الله تعالى عنه ، لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا ، بقول امرأة لا ندرى حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة . ورواه أيضاً أبو داود والترمذى والنسائي والطحاوى والدارقطني ، لكن لا ينقل عمر رضي الله تعالى عنه ، سمعت رسول الله ﷺ . ولكن روى جابر أنه عليه السلام قال للمطلقة ثلاثاً ، النفقة والسكنى ذكر عبد الحق ، وقد بوب الطحاوى في هذا باباً مطولاً ، وأمعن الكلام فيه ، وشرحناه كما ينبغي . فمن

أراد ذلك ، فليرجع إليه ، قوله لا ندع كتاب ربنا يريد به قوله تعالى ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ ٦ الطلاق ، ووجد ذلك أن الوجد هو السعة والغنى ، وذلك يرجع إلى ما يملك به .

وأما الإسكان ، فإنه قد يملك إسكانها من غير ملكه ، يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه ، فكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود رضي الله تعالى عنه« وأنفقوا عليهم من وجدكم» ، وقوله سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله ﷺ ، يقول للمطلقة ثلاثاً ، النفقة والسكنى ما دامت في العدة .

(وردها أيضاً زيـــد بن ثابت) أى روى حديث فاطمة بنت قيس زيد بن ثابت الانصارى ، وقال مخرج الأحاديث ، حديث زيد بن ثابت غريب (وأسامة بن زيـــد) أى رد ، أيضاً أسامة بنت زيد بن حارثة ، وقال مخرج الاحاديث ، هذا أيضاً غريب . قلت ليس كذلك ، لان الطحاوي رواه . حدثنا ربيع المؤذن وقـــال حدثنا شعيب عن الليث ، قـــال أخبر الليث عن جعفر بن ربيعة بن عبد الرحمن بن هرمز عن أبي سلمة عن عبد الرحمن قال ، كانت فاطمة بنت قيس تحدث رسول الله ﷺ ، انه قال لها ، اعتدى في بيت ابن أم مكتوم ، وكان محمد بن أسامة إذا ذكرت فاطمة من ذلك شيئاً رماها بمـــا كان في يـــده لهذا أسامة بن زيد . وقد أنكر ذلك مثل مـــا أنكره عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه .

(وجابر رضي الله تعالى عنه) أى رواه أيضاً جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ، ورواه الدارقطني في سننه عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة (وعائشة رضى الله تعالى عنها) أى روتـــه عائشة رضى الله تعالى عنها ، وأخرجه مسلم عن عبد الرحمن بن قاسم ، عن أبيه ، عن عائشة رضى الله تعالى عنها ، أنها قالت ما لفاطمة أن نذكرها ، يعني في قولـــه لا سكنى ولا نفقة ، وفي لفظ البخارى قالت ما لفاطمة لا تتقي الله في قولها لا سكنى ولا نفقة .

ولا نفقة للمتوفى عنهـــا زوجهـا ، لان احتباسها ليس لحق الزوج ، بل لحق الشرع ،فإن التربص عبادة منهـــا . ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم، ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض ، فلا تجب نفقتها عليه ، ولان النفقة تجب شيئاً فشيئاً، ولا ملك له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة ، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج ، فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق،فصارت كما إذا كانت ناشزة .

(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع) وبه قال أحمد والشافعي في قول وهو قول ابن عباس والحكم بن عيينة وعطاء بن سيرين وعبد الملك بن يعلى ، قاضي البصرة ، والحسن البصري وعـــامر بن شعيب ، وفي قول آخر الشافعي ، إذا كان للميت مال كثير ينفق عليها من نصيبها ، وإن كان قليلا ينفق عليها من جميع المال ، وفي وجوب السكنى له قولان ، أحدهما لا يجب ، كقولنا . وهو اختيـــار المزني والثاني يجب ، وبه قال مالك (فإن التربص) المذكور في القرآن (عبادة منهـــا) أي من المرأة التي توفي عنها زوجها .

(ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه ، حتى لا تشترط فيها) أي في عدتها (الحيض ، فلا يجب نفقتها عليه ، ولأن النفقة تجب شيئـــاً فشيئاً ولاملك له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة) قـــال الطحاوي في مختصره ، لا سكنى للمتوفى عنها زوجها ، ولا نفقة في مال الزوج حاملا كانت أو غير حامل . وقال أبو بكر الرازي ، قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله﴿وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول﴾ فنسخت هذه النفقة بالميراث وبقوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن ﴾ ٢٢٨ البقرة ، فـــأوجب نفقتها على نفسها من مال الزوج .

(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج ، فلا نفقة لها، لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصار كما إذا كانت ناشزة) إنما قيد بالنفقة احترازاً

بخلاف المهر بعد الدخول ، لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء ، بخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية ، كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة ، لانها حبست نفسها بحق ، وذلك لا يسقط النفقة ، كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر ، وإن طلقها ثلاثاً ، ثم ارتدت والعياذ بالله ، سقطت نفقتها ، وإن مكنت إبن زوجها من نفسها ، فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة

عن السكنى ، لأن السكنى واجب لها ، لأن القرار في البيت مستحق عليها ، فلا يسقط ذلك بمعصيتها ، فأما النفقة فواجبة لها ، فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية . وقال في المبسوط نفقة المرتدة لا لعين الردة ، بل لأنها تحبس ، والمحبوسة بحق لا تستوجب النفقة حال قيام النكاح ، فكذا في العدة ، حتى لو ارتدت ولم تحبس ، بل هي في بيت الزوج أو ثابت ورجعت إلى بيت الزوج ، فلها النفقة لعدم الحبس .

(بخلاف المهر بعد الدخول) حيث لا تسقط (لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها) أي من قبل المرأة لكن (بغير معصية كخيار العتق) نحو أم الولد اعتقت ، ونحو المدبرة اعتقت ، وهما عند الزوج قد بوأ المولى لهما بيتاً ، فاختارتا الفرقة فلهما النفقة (وخيار البلوغ) نحو الصغيرة أدركت واختارت نفسها، فلها النفقة (والتفريق لعدم الكفاءة) بعد الدخول، فلها النفقة، وكذا الملاعنة النفقة والسكنى ، وكذا البائنة بالخلع والإيلاء (لأنها حبست نفسها بحق، وذلك لا يسقط النفقة كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر) حيث لا تسقط المفقة .

(وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله ، سقطت نفقتها) لان الاسقاط بسببها (وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة ومعناه) من كلام المصنف معنى قول القدوري (مكنت بعد الطلاق) فلا نفقة لها لحصول الفرقة من قبلها بمعصية ، وقال زفر لا نفقة لها إذا مكنت ابن زوجها في عدتها كما إذا مكنته فى حال قيام النكاح لا تجب فكذا هنا (لأن الفرقة) هذا التعليل إشارة إلى الفرق بين المسألتين المذكورين أحدهما هو قوله ،

تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين . إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب . ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس ، فلهذا يقع الفرق

فصـــل

ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما، لا يشاركه في نفقة الزوجة

وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت ، والأخرى هو قولـــه وإن مكنت ابن زوجها حيث تسقط النفقة في الاولى دون الثانية بيانه هو قوله لان الفرقة (تثبت بالطلقات الثلاث ، فلا عمل فيهـا للردة) أي لا عمل في الفرقة لاجل الردة بل للحبس (والتمكين) أي ولا عمل في الفرقة لاجل التمكين ، بل لعدم الحبس .

(إلا أن المرتدة) أي غير أن المرتدة (تحبس حتى تتوب) من الردة (ولا نفقـــة للمحبوسة والممكنة) أي المرأة التي مكنت ابن زوجها (لا تحبس) فلها النفقة (ولهذا) أى ولهذا التعليل الذى علل للمسألتين (يقع الفرقة) بينهما حيث تكون المنفعة للممكنة ، ولا تكون للمعتدة إذا ارتدت. فروع ابرأته من النفقة في المستقبل وهى زوجته لايصح . ولو أبرأته عنهـا في الخلع صح لان الإبراء في الخلع إبراء بعوض . وفي الاول إبراء قبل الوجود فلا يصح ، ولو صالحت المعتدة على دراهم إن كانت عدتهـــا بالحيض ، لا يصح للجهالة وإن كانت بالاشهر ، تصح لان المدة معلومة وللملاعنة النفقـة والسكنى . وعند الشافعي لا نفقة لها ، وفي السكنى قولان تجب في قول ولا تجب في قول .

(فصل)

أى هذا فصل لمـا فرغ من بيان نفقة الزوجية شرع في بيان نفقة الاولاد (ونفقـة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما لا مشاركة في نفقة الزوجية) هذاالذى ذكره ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أن نفقة الولد على الاب والام أثلاثاً ، بحسب ميراثها

لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، والمولود له هو الاب . وإن كان الصغير رضيعاً ، فليس على أمه أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الاب . وأجرة الرضاع كالنفقة ، ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها ، فلا معنى للجبر عليه .

وبإجماع الأئمة الاربعة تجب نفقه الولد الصغير على الاب . وقال الطحاوى فى مختصره ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار ، إذا كانوا فقراء ذكوراً كانوا أو إناثـاً . وإن كانوا كباراً محتاجين أجبر على نفقة الإناث منهم ، ولم يجبر على نفقــة الذكور منهم وإن كان من ذكورهم من بـــه زمانة كالعمى والشلل في اليدين وما أشبه ذلك ، فإنـــه يجبر على نفقتـــه .

(لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، والمولود له هو الاب) وقيل وجه الاستدلال أن رزق الوالدات وجب على الاب لسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى (فإن كان الصغير رضيعاً ، فليس على أمه ان ترضعه لما بينـا) معنى قوله لا يشاركه فيها أحد (أن الكفاية) هي كفايـــة الصغير (على الاب وأجر الرضاع كالنفقة) يعني كما تجب عليه النفقة إذا فطم ، يجب عليه أن يستأجر من يرضعه ، فيكون بأجرة الرضاع كالنفقة تجب عليه (ولانها عست لا تقدر عليه) أى على الإرضاع (لعذر بها) يمنعها من الإرضاع (فلا معنى للجبر عليه) أى على الإرضاع .

هذا إذا وجد من يرضعه ، فإن لم يوجد ، ولم يكن بها علة تجبر صيانة عن الضياع. وفي الذخيرة ، لو كان لا يوجد من يرضعه أو لا يأخذ ثدى غيرها تجبر . وذكر الحلواني في ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد يتغذى بـالدهن والشراب وبقية الالبان ، فلا يؤدي ترك إجبارها إلى التلف وإلى الاول مال القدورى والسرخسي .

وقال شمس الائمـة السرخسي ، إذا لم تجبر كان على الاب أن يكتري امرأة ترضعه عند الام ، ولا ينزع الولد من الام ، لان الام أجمعت على ان الحجر لها ، لكن لا يجب عليها ان تمكث في بيت ، إلا إذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد . وكأن الولد يستغني

وقيل في تأويل قوله تعالى ﴿ ولا تضار والدة بولدها ﴾ ٢٣٣ البقرة ، بالزامها الإرضاع مع كراهتها ، وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم وذلك إذا كان يوجد من يرضعه . أما إذا كان لا يوجد من ترضعه ، تجبر الأم

عنها في تلك الساعة ، بل لها أن ترضع ثم ترجع إلى منزلها . وإن لم يشترط أن ترضع عند الام ، كان لها أن تحمل الصبي إلى منزلها ، او تقول أخرجوه ، فترضعه عند فناء الدار ، ثم يدخل الولد إلى الام ، إلا أن يكون اشترط عند العقد أن يكون الطفل عند الام ، فحينئذ يلزمها الوفاء بالشرط . وقال في العمدة ، ولا يؤاخذ الاب بأجرة الرضاع لاكثر من سنتين بالإجماع .

(وقيل في تأويل قوله تعالى ﴿ ولا تضار والدة بولدها ﴾ ٢٣٣ البقرة ، بإلزامها الإرضاع مع كراهتها) ﴿ولا مولود له بولده﴾ بأن تطرح الأم الولد إلى الأب . إذا لم يقبل الصبي إلا ثدي أمه ، والحاصل ينهى أن يلحق بها الضرر من قبل الزوج ، وعن أن يلحق الضرر بالزوج من قبل المرأة بسبب الولد (وهذا الذي ذكرنا) اي عدم الجبر، وفي نسخة الأترازي ، وهذا الذي ذكر ، ثم فسره بقوله ، اي الذي ذكره القدوري بقوله، وإن كان الصغير رضيعاً ، فليس على أمه أن ترضعه (بيان الحكم) اي القضاء .

أما من جهة الدين ، فيجب عليها أن ترضع . قال الأترازي ، ولهذا قالوا لا يجوز لها أن تأخذ الاجر بالإرضاع ، لأن أخذ الأجرة بإزاء ما يجب عليها من حيث الدين، لايجوز. وبه صرح في شرح كتاب النفقات ، قال ، وظن بعد الشارحين أن المراد من قوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية . ثم قال وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم ،أثلاثاً بحسب ميراثها في الولد ، وتلك الرواية صحيحة . ولكن الشرح من المشروح كالصب من النون .

(وذلك) يعني عدم وجوب الإرضاع على الأم (إذا كان يوجد من يرضعه) اي من يرضع الصغير ،يعني يوجد مرضعة أخرى تجبر (أما إذا كان لا يوجد مرضعة أخرى تجبر)

على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع. قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها اما استئجار الأب، فلأن الأجر عليه . وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك، لأن الحجر لها وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم تجز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة. قال الله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، إلا أنهـــا عذرت لاحتمال عجزها . فإذا

اي الأم (على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع) بفتح الضاد مصدر من ضاع يضيع وأما الضياع بالكسر فهو جمع ضيعة .

(قال) اي القدوري (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) اي عند أم الصغير (أما استئجار الأب ، فلأن الأجر عليه ، وقوله) اي قول القدوري (عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها) اي لأن التربية لها بحق الحضانة ، ولا عليها أن تمكث في بيت الأم، إلا أن يشترط ذلك ، وقد ذكرناه عن قريب . فإن أجرت نفسها للإرضاع ، ثم تزوجت، فليس للزوج منعها من ذلك ، حتى تنقضي مدة الإجارة ولا فسخها . فإذا نــام الصبي او اشتغل بغيرها ، فله الاستمتاع بها ، وليس لولي الصبي منعه من ذلك ، وبـه قال الشافعي وقال مالك ليس له وطأها إلا برضى الولي . ولو أجرت نفسها للإرضاع ، يجوز باذن الزوج وبغير إذنه لا يجوز ، لأن الحق له وهو أحد الوجهين للشافعية ، والثاني يجوز لــه فسخها إن شاء ، وعندنا له فسخها إذا لم يعلم بها ، وليس له منعه من وطئها. فاذا حبلت، فله فسخها للضرر كما لو مرضت .

(وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم تجز، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانه ، قال الله تعالى ﴿ والوالدت يرضعن أولادهن ﴾ ٢٣٣ البقرة) واختلفوا في معناه ، فقيل أنه مجرد خبر من غير إلزام الإرضاع ، وقيل أنه في معنى الأمر لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن ﴾ ٢٢٨ البقرة ، والأصح أنه خبر بمعنى الأمر على وجه الندب ، او على وجه الوجوب ، إذا لم يقبل إلا ثدي أمه (إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فـــاذا

قدمت عليه بالأجر ، ظهرت قدرتها ، فكان الفعـــل واجباً عليها ، فلا يجوز أخـــذ الأجر عليه ، وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة ، لأن النكاح قائم . وكذا في المبتوتة ، في رواية ، وفي رواية أخرى جاز استئجارها لأن النكاح قد زال وجه الأولى ، أنه باق في حق بعض الأحكام ولو استأجرها وهـــي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز لأنه غير مستحق عليها . وإن انقضت عدتها ، فاستأجرها ، يعني لإرضاع ولدها، جاز ، لأن النكاح قد زال بالكلية ، وصارت كالاجنبية . فإن قال الاب لا أستأجرها ، وجاء

قدمت عليه) اى على الإرضاع بالأجر (ظهرت قدرتها ، فكان الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الاجر عليه ، وهذا) اى هذا المذكور من عدم جواز الاجارة (في المعتدة عن طلاق رجعي ، رواية واحدة ، لان النكاح قائم ، وكذا) اى وكذا لا يجوز (في المبتوتة) اى في العدة فيه روايتان لا يجوز .

(في رواية) وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة (وفي رواية أخرى جاز استئجارها) وهي ظاهر الرواية (لان النكاح قد زال) فصارت كالاجنبية (وجه الاول) وهوعدم الجواز (أنه) اى أن النكاح (باق في حق بعض الاحكام) وهي العـــدة ، ووجوب النفقة والسكنى وعدم دفع زكاته إليها وشهادته لها ، فلا يجوز استئجارها كما في حـــال قيام النكاح .

(ولو استأجرها وهي منكوحته او معتدته لإرضاع إبن له من غيرها ، جاز لانه غير مستحق عليها ، وإن انقضت عدتها فاستأجرها يعني لإرضاع ولدها ، جاز لان النكاح قد زال بالكلية ، وصارت كالاجنبية ، فان قال الاب لا أستأجرها) اي امرأته (وجـاء

بغيرهـــا فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية ، أو رضيت بغير أجر ، كانت هي أحق بـه لأنهـا أشفق ، فكان نظراً للصبي في الدفع إليها ، وإن التمست زيادة ، لم يجبر الزوج عليها دفعاً للضرر عنه، واليه الإشارة بقوله تعالى ﴿ ولا تضار والدة بولدهـــا ولا مولود له بولده ﴾ ٢٣٣ البقرة ، أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية ، ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه ، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج ، وإن خالفته في دينه أما الولد ، فلإطلاق ما تلونا ، ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ... الآية ٢٣٣ البقرة ، ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه .

بغيرها ، فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية ، او رضيت بغير أجر كانت) اي الام (أحق به لانها أشفق) على الصغير (فكان نظراً للصبي في الدفع إليها) اى إلى الام والدفع إلى الاجنبية أضر به .

(وإن التمست) اى وإن طلبت الام (زيادة) على أجـرة الاجنبية (لم يجبر الزوج عليها) اى على الزيادة (دفعاً للضرر عنه وإليه الإشارة) اى إلى دفـع الضرر عن الزوج (في قوله ﴿ لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده ﴾ ٢٣٣ البقرة ، اى بالزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية) بل يدفع الصغير إلى الظئر ترضعه عند الام لان الحضانة لهـــا (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه) هذا إذا أسلم الصغير العاقـل وأبوه كافر او ارتد والعياذ بالله تعالى ، وأبوه مسلم لان ارتداده وإسلامه صحيح عندنا .

(كما يجب نفقة الزوجة على الزوج، وإن خالفته في دينه أما الولد) اى أما نفقة الولد (فلإطلاق ما تلونا) وهو قوله تعالى ﴿ على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف ﴾ ٢٣٣ البقرة ولانه) اي ولان الولد (جزؤه فيكون في معنى نفسه) و كفره لا يؤثر في نفقته، فكذا كفر ولده .

وأما الزوجة ، فلأن السبب هو العقد الصحيح ، فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة ، وترتب عليه الاحتباس ، فوجبت النفقة . وفي جميع ما ذكرنا ، إنما تجب النفقة على الاب ، إذا لم يكن للصغير مال . أما إذا كان ، فالاصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً .

(وأما الزوجة) اي وأما نفقة الزوجة (فلأن السبب) اى سبب وجوب النفقة (وهو العقد الصحيح،فإنه)أي فان سبب وجوب النفقة (بازاء الاحتباس الثابت به) اى بالعقد (وقد صح العقد بين المسلم والكافرة) لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ ٥ المائدة اى العفائف عن فعل الزنا ، وقد مر في النكاح ، فاذا صح العقد بينهما (فيترتب عليه الاحتباس) فاذا ترتب عليه الاحتباس (فوجبت النفقة) عليه (وفي جميع ما ذكرنا) اى في هذا الفصل (إنما تجب النفقة على الاب إذا لم يكن للصغير مال) فنقول نكره في موضع النفي تعم جميع أجناس الاموال ، حتى لو كان للصغير عقار وحيوان وثياب للأب أنه يبيع ذلك كله وينفقه ، لان الصغير غني بهذه الاشياء . كذا في الذخيرة .

وإن لم يكن للصغير مال ، فعلى الاب أن يكتسب وينفق على ولده يجبر على ذلك ويحبس . وبه قال الشافعي بخلاف سائر الديون ، حيث لا يحبس فلأن الاب وإن علاها يحبس في ديون الاولاد . وفي الدين يحبس لما أن في الإمتناع من الكسب إتلاف النفس ، والاب يستوجب العقوبة عند قصده إتلاف ولده ، كما لو عدا على أبيه بالسيف ، كان للأب أن يقتل ، ولو كان الأب عاجزاً عن الكسب بالزمانة او بأنه مقعد يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكره الخصاف في نفقته . ومن المتأخرين من قال نفقة الأولاد في هذه الصورة في بيت المال ، لأن نفقة هذا الأب في بيت المال ، فكذا نفقة الأولاد ، وطالب العلم إذا كان يهتدي إلى الكسب ، فنفقته على الاب لا تسقط عنه كالزمن والأنثى .

(وأما إذا كان له) اي الصغير مال (فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً

فصـــل

وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته، إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه . أما الأبوان فلقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ١٥ لقمان ، فأنزلت الآية في الأبوين الكافرين .

كان او كبيراً) وذلك لأن أحد الأمرين ليس في إيجاب النفقـــة على صاحبه ، أولى من إيجاب نفقة صاحبه عليه ، والفرق بين نفقة الصغير والزوجة بحيث لا تجب نفقة الصغير على الأب ، إذا كان الصغير غنياً بأي مال كان ، ويجب نفقة الزوجة على الزوج . وإن كانت الزوجة غنية ، إذ نفقة الصغير واجبة للحاجة ، فإذا انعدمت الحاجة ، فلا تجب ، كنفقة الخادم ، ونفقة الزوجة بإزاء التمكين من الاستمتاع ، فكان طريقه البـــدل والمعادلة ، والبدل يوجد وإن وجد الغنى.

(فصل)

اي هنا فصل ، ولما فرغ من بيان نفقة الأولاد شرع في بيان نفقـــة الآباء والأجداد والخادم (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء)وفي المبسوط على الرجل الموسر ، نفقة أبيه وأمه، وأب الأب وإن علا ، وأم الأب وإن علـت ، وأم الأم وإن علت . وشرط الشافعي في ذلك أن يكون الأب زمناً ولم يوافقه أحدوفي التنبيه. ويجب على الأولاد ذكورهم وإناثهم نفقة الوالدين ، وإن علوا بشرط الفقر والزمانـة او الجنون مع الصحة قولان أظهرهما لا يجب .

(وإن خالفوه في دينه) واصل بما قبله اي وإن خالف هؤلاء الرجل في دينه ، وهو إذا كانوا من أهل الذمة ، أما إذا كانوا من أهل الحرب ، فلا يجب ، لأنا نهينا عن المبرة في ذمتهم (أما الأبوان فلقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ١٥ لقمان ، فأنزلت في الأبوين الكافرين .)

قال المفسرون أنزلت في سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه وذلك أنه لما أسلم ،

وليس من المعروف أن يعيش في نعـــم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً . وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ، ولهـذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ، ولأنهم سببوا إحياءه فاستوجبوا عليه الأحياء بمنزلة الأبوين،وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال ، فإيجاب نفقته في ماله أولى من ايجابها في مال غيره ، ولا يمنع

قالت له أمه جميلة يا سعد بلغني أنك مبهوت ، فوالله لا أظلني سقف بيت عن الثلج والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد ، وترجع إلى ما كنت عليه ، وكان أحب ولدها إليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ، فلم تأكل ولم تشرب ، ولم تستظل بظـــل حتى غشي عليها ، فأتى سعد النبي ﷺ وشكى ذلك إليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفـــاً ﴾ ١٥ لقمان .

(وليس من المعروف أن يعيش الرجل في نعم الله ويتركهما) اي الأبوين (يموتان جوعاً) والمعروف هو المحاسنة بالخلق الجميل والحلم والاحتمال والبر والصلة ، وبمـا يقتضيه الكرم والمروءة واستدل شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي بقوله تعالى ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ٢٣ الإسراء ، وقال نهى عن التأفيف يعني الأذى ، ومنع الأذى في منع النفقة عندحاجتهما أكثر . ولهذا يلزمه نفقتهما ، وإن كانا قادرين على الكسب ، لان معنى الأذى في الكد والتعب ، أكثر منه في التأفيف وقال عليه السلام إن أطيب ناكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم .

(وأما الأجدادوالجدات،فلأنهم من الآباء والامهات،ولهذايقوم الجدمقام الاب عند عدمه) اي عدم الاب (فاستوجبوا) اي فاستحقوا (عليه) اي على الولد (لانها بمنزلة الابوين) في حياةالولد ، فاستحقوا على الناقلة كالابوين (وشرط الفقر) اي وشرط القدوري الفقر في قوله إذا كانوا فقراء (لانه) اي لان الاب (لو كان ذا مال ، فإيجاب نفقته في مالـه أولى من إيجابها في مال غيره) قال عليه السلام كل من كد يمينك وعرق جبينك (ولا يمنـــع

ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ، إلا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد. أما الزوجة فما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة. وأما غيرها ، فلان الجزية ثابتة ، وجزء المرء في معنى نفسه، فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لايمتنع نفقة جزئه، إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم. وإن كانوا مستأمنين لأنا نهينا

ذلـــك) اي وجوب النفقة على الابوين (باختلاف الدين لما تلونا) من النص ، وهو قوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ٢٣ الإسراء ، وبـــه قال مالـــك والشافعي وفي المغنى :

(ولا تجب النفقة لاختلاف الدين إلا الزوجات) وفي عموم النسب روايتان › ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين للزوجة وفي بعض النسخ (قال لا تجب النفقة) اي قـــال القدوري (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والابوين ، والاجداد والجدات، والولد ، وولد الولد ، أما الزوجة فلما ذكرنا أنها)اي النفقة (واجبة لها بالعقدلاحتباسها بحق لـــه) اي للرجل وقوله (مقصود) بالجر صفة لقوله بحق وهو الاستمتاع بهـــا بالوطء وغيره .

(وهذا) اي المعنى المذكور (لا يتعلق باتحاد الملة) بين الزوجين (وأما غيرها) اي غير الزوجة من المذكورين (فلأن الجزية ثابتة) أما في حق الولد فظاهر ، وفي حق غيره لشمول الولاد إياهم (وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره ، لايمنع نفقة جزئه) الذي هو الولد بكفره . وكذا حكم أولادالبنينوالبنات،والاجدادوالجدات، من قبل الاب والام ، بمنزلة الابوين لان الولاد يشملهم جميعاً .

(إلا أنهم) اي غير أن هؤلاء (وإذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلـم وإن كانوا مستأمنين) اي وإن كانوا خرجوا إلى دار الإسلام بأمان (لانا نهينا) على صيغـة

عن البر في حق من يقاتلنا في الدين . ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني ، لان النفقة متعلقة بالارث بالنص ، بخلاف العتق عند الملك ، لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ، ولان القرابة موجبة للصلة ، ومع الاتفاق في الدين

المجهول (عن البر) اي عن الإحسان والصلة (في حق من يقاتلنا في الدين) لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين . إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ، ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ﴾ ٨ — ٩ الممتحنة .

(ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وأنه لا يجب على المسلم نفقة أخيه النصراني) هذا تفريع لقوله ، ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين بيانه أن النفقة في غير الزوجة ، وغير صورة الولادة ورثه على الإرث وهو معنى قوله (لان النفقة متعلقة بالإرث بالنص) وهو قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، ولا إرث بين المسلم والذمي ، فلا تجب نفقة أحدهما على الآخر ، (بخلاف العتق عند الملك) أي بخلاف ما إذا ملك أحدهما حيث يعتق عليه ، لان العتق مرتب على ملك القريب المحرم، وقد وجد فيعتق . قال ﷺ من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه (لانه) اي لان وجوب النفقة (متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث) وهو الذي ذكرناه .

وقد رواه النسائي من حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ ، من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وفيه كلام كثير نذكره في كتاب العتق إن شاء الله تعالى . وروى أصحاب السنن الاربعة من حديث الحسن عن سمرة رضي الله تعالى عنه ، عن النبي ﷺ قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر .

(ولان القرابة موجبة للصلة) لذوي رحم (مع الاتفاق في الدين) يعني اذا كانا

آكد ودوام ملك اليمين أعلا في القطيعة من حرمان النفقة، فاعتبرنا في الاعلى أصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة. فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد لان لهما تأويلاً في مال الولد بالنص، ولا تأويل لهما في مال غيره .

مسلمين (آكد) من ايجاب الصلة مع الاختلاف في الدين (ودوام ملك اليمين أعلا في القطيعة من حرمان النفقة) حاصل معناه أن قطع ذات الرحم في بقاء ملك اليمين أعلا وأكثر من قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة (فاعتبرنا في الاعلى) وهو ملك اليمين (أصل العلة) وهو نفس ملك القريب لقوة معنى قطع الرحم ، حتى عتق القريب المملوك سواء وجد الاتحاد في الملة او لم يوجد .

(وفي الادنى) اي اعتبرنا في الادنى ، وهو النفقة (العلة المؤكدة) وهي القرابة مع الإتحاد في الملة (فلهذا) اي فلأجل كون حرمان النفقة أضعف من قطع الرحم (إفترقا) اي العتق ووجوب النفقة . فإن قلت حرمان النفقة قد يفضي إلى الهلاك ، ودوام ملك اليمين ليس كذلك ، فكيف يكون أعلى . ولان الإنفاق صلة وإحياء حقيقة ، وصلة العتق صلة إحياء حكماً ولا شك أن الإحياء الحقيقي أولى . قلت الحاجة الى النفقة مندورة الدفع عن غيره ، بأن يسأل الناس او يبره أحد من غير سؤال ، فإن الهلاك جوعاً في العمران مع توافر أصحاب الزكاة والصدقات والمعروف نادر . وأما الحاجة الى الآفاق فانها لا يندفع إلا من حاجة .

(ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) بالرفع لانه فاعل لا يشارك ، والولد بالنصب مفعوله ، يعني إن كان الابوان معتبرين والولد تجب نفقتهما عليه خاصه (لان لهما) اي الأبوين (تأويلاً في مال الولد بالنص) وهو قوله ﷺ أنت ومالك لأبيك . رواه جماعة من الصحابة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الباب الذي يوجب الحد (ولا تأويل لهما) أي للأبوين (في مال غيره) أي في غير مال الولد . فإن قلت التأويل يثبت بخبر الواحد ، فلا يعارض قوله عز وجل ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، قلت الحديث مشهور ، فيجوز به الزيادة .

ولانه أقرب الناس إليهما ، فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه ، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لان المعنى يشملهما ، والنفقة لكل ذي رحم محرم

ولئن سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، بالدلائل الدالة على تفسيرها بغير قرابة الولادة المستندة إلى قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، كما تقدم ، فإن قلت لا منافاة بين الآيتين ، لأن قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، يقتضي أن يشارك الجد الابن ، كما أن قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، يقتضيه ، قلت لما ثبت للوالد بتأويل في مال الولد بالإجماع صار غنياً . والغني لا تجب نفقته على والده ، فلا يشارك الجد الإبن .

(ولأنه) أي ولأن الولد (أقرب الناس إليهما) أي إلى الأبوين (فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه) أي على الولد (وهي) أي نفقة الأبوين (على الذكور والإناث بالسوية) حتى إذا كان الأب فقيراً أو له إبن وبنت موسران ، تجب نفقة الأب عليهما اتصافاً وقيد بقوله (في ظاهر الرواية وهو الصحيح) احترازاً عما ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي عن الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث ، ﴿ للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ ١١ النساء ، على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام (لان المعنى يشملهما) المعنى هو الولادة ، وهو سبب الوجوب ، وقد استوى الذكر والأنثى بخلاف ما إذا كان للمعسر أخ وأخت حيث يجب نفقته عليهما أثلاثاً لأن سبب الوجوب الإرث ، فيجب أثلاثاً كالإرث .

(والنفقة) أي النفقة واجبة (لكل ذي رحم محرم) وقال أحمد تجب لكل وارث . وبه قال ابن أبي ليلى ، وقال الشافعي لا تجب نفقة غير الوالدين والمولودين من الأقارب ، كالإخوة وذو الرحم المحرم ، وهو الذي لا يجوز نكاحه على التأبيد ، وإنما قيد بذي الرحم المحرم ، لأنه إذا وجد الرحم ولم يوجد المحرم ، أو وجد المحرم ولم يوجد الرحم ، أو وجد لكن لا من قرابة ، لا تجب النفقة . ألا ترى إلى ما ذكر الإمام الاسبيجابي في شرح

إذا كان صغيراً فقيراً ، أو كانت امرأة بالغة فقيرة ، أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً ، أو أعمى ، لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ، والفاصل أن يكون ذا رحم محرم . وقد قال الله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، وفي قراءة عبد الله بن مسعود « رض » ، وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك .

ثم لا بد من الحاجة ،

الطحاوي بقوله ، ولو كان رحماً غير محرم نحو إبن العم أو محرماً غير رحم نحو الاخ من الرضاع أو الاخت من الرضاع ، أو رحماً محرماً لا من قرابة نحو ابن عم هو الاخ من الرضاع لا تجب النفقة .

(إذا كان) أي ذو رحم محرم (صغيراً فقيراً) قيد بالصغر والفقر لان الصغير الفقير عاجز عن الكسب والغنى نفقته في ماله (أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان) أي ذو رحم محرم (ذكراً بالغاً فقيراً أو زمناً أو أعمى) فقيراً تجب النفقة لهم لعجزهم عن الكسب ، وكذلك مفقود العينين ، وأشل اليدين ، ومقطوع الرجلين ، والمعتوه ، والمفلوج (لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة) أي لا يجب في القرابة البعيدة .

(والفاصل) أي بين القريبة والبعيدة (أن يكون ذا رحم محرم) والدليل عليه هو ما أشار اليه بقوله (وقد قال الله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة) فإن ذلك إشارة إلى البعيد ، فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، قيد على ان على الوارث النفقة وبعيدة ذي الرحم المحرم بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه أشار اليه بقوله (وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك) ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي ﷺ ، قراءته مشهورة ، فصارت بمنزلة خبر مشهور على ما عرف ، فجاز تقييد إطلاق الكتاب بها .

(ثم لا بد من وجود الحاجة) أي ثم لا بد من وجوب النفقة وبين ذلك بقوله

والصغر ، والانوثة ، والزمانه ، والعمى ، إمارة الحاجـــة لتحقق العجز . فإن القادر على الكسب ، غني بكسبه ، بخلاف الابوين ، لانه يلحقهما تعب الكسب . والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب . قال ، ويجب ذلك على مقدار الميراث ، ويجبر عليه ، لان التنصيص على الوارث ، تنبيه على اعتبار المقدار ، لان العزم بالغنم ،

(والصغر والانوثة والزمانة والعمى إمارة الحاجة لتحقق العجز) أي علامــة العجز من أصحاب هذه الاشياء المذكورة (فإن القادر على الكسب غني بكسبه) فلا يعد عاجزاً (بخلاف الابوين) هذا جواب عما يقال ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب ، وأجاب بقوله بخلاف الابوين ، لانهما يلحقهما تعب الكسب . والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب .

وذكر السرخسى في شرح أدب القاضي للخصاف ، أن الأب إذا كان كسوباً ، والابن أيضاً كسوباً ، يجبر الإبن على الكسب والنفقة عليه . وقال الحلواني في شرحه له أيضـــاً ، لا يجبر الإبن على الكسب ، واعتبره بذي الرحم المحرم ، فإنه لا يستحق النفقة في كسب قريبـــه ، وفي ظاهر الرواية في نفقة الوالدين ، فإنهما لا يكافآن بالكســـب عندنا خلافاً للشافعي .

(قال) اي القدورى (ويجب ذلك) اي النفقة (على مقدار الميراث ويجبر عليه) اي على الإنفاق (لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) اي لأن التنصيص عليه بقوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، تنبيه على أن الشارع نبه على مقدار ذلك ، لأنه رتب الحكم على المشتق ، فيكون المشتق منه هو العلة ، فيثبت الحكم بقدر عليه . وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان ، وله بنون وبنات ، فكانت الوصية لهم على قدر الميراث .

(ولأن العزم بالغنم) بضم الغين المعجمة فيهما ، اي العزم الذي هو الإنفـاق في مقابلة

والجبر لايفاء حق مستحق . قال ، وتجب نفقة الإبنة البالغة، والإبن الزمن على أبويه أثلاثاً ، على الاب الثلثان وعلى الام الثلث ،لان الميراث لهما على هذا المقدار . قال العبد الضعيف ، هذا الذي ذكره الخصاف والحسن « رح » ، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب ، لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، وصار كالولد الصغير،ووجه الفرق على الرواية الاولى ،أنه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة، حتى وجبت عليه صدقة فطره، فاختص بنفقته ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه ، فتشاركه الام .

الغنم الذي هو الميراث (والجبر) اي الجبر على الإنفاق (لإيفاء حق مستحق) اي لأجل إيفاء حق مستحق عليه ، فيستحقه من ينفق عليه .

(قال) اي القدوري (وتجب نفقة الإبنة البالغة ، والإبن الزمن البالغ ، على أبويها أثلاثاً ، على الأب الثلثان ، وعلى الأم الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار إذا ورثا ولدهما .

(قال) اي المصنف (هذا الذي ذكره) اي القدوري (رواية الخصاف والحسن) اي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي (وفي ظاهر الرواية ، كل النفقة على الأب لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة) أضاف الولد إليه بحرف اللام، فدل على اختصاصه بهذه النسبة والنفقة تبنى على هذه النسبة .

(ووجه الفرق) اي وجه الفرق بين الولد الصغير والكبير (على غير ظاهر الرواية ، أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومؤنة عليه حتى وجب عليه صدقة فطره ، فاختص بنفقتهولا كذلك الكبير) اي الولد الكبير (لانعدام الولاية فيه) اى لا ولاية له عليه ، ولهذا لم يشارك الأب في نفقة ولده الصغير (فتشاركه الأم) في نفقة الكبير ، فوجب الثلثان على الأب ، والثلث على الأم .

وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقـــة الصغير على الام ، والجد ، أثلاثاً ، ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات أخماساً على قدر الميراث . غير أن المعتبر أهلية الإرث في الجملة لا إحرازه ،

(وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث) يعني رواية واحدة (حتى يكون نفقـــة الصغير على الأم والجد أثلاثاً) على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان. قال في شرح الطحاوي، وكذلك إذا كان له أم ، وأخ لأب ، وأم او ابن أخ لأب ، وأم او عم لأب ، وأم او أحـــد من الفصيلة ، فإن النفقة عليهم أثلاثاً . وكذا إذ كان له اخ وأخت لأب وأم ، فالنفقة عليهما أثلاثاً على قدر ميراثهما . ولو كان له أخ لأب وأم وأخ لاب فالنفقة بينهما أسداساً ، ولو كان له عم لأب وأم ، فالنفقـــة على الأم دون العمة ، وكذلك ، ولو كان له عم لأب ، وأم وخال لأب وأم ، فالنفقة على العم . ولو كان له عمة لأب وأم وخال لأب ، فالنفقة عليهما أثلاثاً ، ثلثاها على العمة ، وثلثها على الخال .

وكذلك لو كان له خال وخالة من قبل الأب والأم ، فالنفقة عليهما أثلاثاً ، ولو كان له خال من قبل الأب والأم وابن عم لأب وأم ، فالنفقة على الخال ، والميراث لابن العم ، لأن شرط وجوب النفقة أن يكون ذو الرحم المحرم من أهل الميراث ، وابن العم ليـــس بمحرم (ونفقة الاخ المعسر على الاخوات الموسرات المتفرقات أخماساً على قـــدر الميراث) يعني يجب ثلاثة الأخماس على الأخت لأب وأم ، والخمس على الأخت لأب ، والخمس على الأخت لأم ، وذلك لان النفقة معتبرة بالإرث ، فانهن يرثنه كذلك أخماساً بالفرض والرد فوجب النفقة أيضاً أخماساً .

(غير أن المعتبر) استثناء من قوله ، وفي غير الولد يعتبر على قدر الميراث في ذلـــك (أهلية الإرث) قـــال الاكمل ، والمراد بأهلية الارث أن لا يكون محروماً . وقـــال الكاكي ، وقيد الارث بقوله ، إن المعتبر أهلية الارث ، لانه لو لم يكن أهلاً للإرث بأن كان مخالفاً لدينه ، لا تجب النفقة (ولا إحرازه) اي لا يعتبر إحراز الارث كما في الخال

فإن المعسر إذا كان له خال وابن عم ، تكون نفقته على خاله، وميراثه يحرزه ابن عمه ، ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين ، لبطلان أهلية الإرث. ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير، لانها تجب صلة ،وهو يستحقها على غيره ، فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير ، لان التزامها بالإقدام على العقد ، إذا المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الإعسار

مع ابن العم . فان الخال لا يحرز الميراث مع ابن العم ، ومع ذلك كانت النفقة على الخال، والميراث لابن العم . وقال أحمد والظاهرية والمعتبر إحراز الميراث .

وأوضح ذلك المصنف بالفاء التفسيرية ، حيث قال (فان المعسر إذا كان له خال وابن عم ، تكون نفقته على خاله ، وميراثه يحرزه ابن عمه) لان الخال ذو رحم محرم ، دون ابن العم (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) هذا لفظ القدوري ، اى لا تجب نفقة ذو الرحم المحرم مع اختلاف الدين ، لان الاختلاف لا يجرى الارث ، فلا تجب النفقة أيضاً لانها متعلقة بالارث (بالنص لبطلان أهلية الارث) يعني عند اختلاف الدين (فلا بد من اعتباره) اى من اعتبار الارث لوجوب النفقة .

(ولا تجب) اى النفقة (على الفقير لانها) اي لان النفقة (تجب صلة وهو) اى الفقير (يستحقها) اى يستحق الصلة (على غيره فكيف تستحق) على صيغة المجهول ، اى فكيف تستحق النفقة (عليه) لان إيجابها عليه ليس بأولى من ايجابها له ، فلهذا لم يجب عليه (بخلاف نفقة الزوجة) حيث تجب على زوجها الفقير (وولده الصغير) اى وبخلاف ولده الصغير ، حيث تجب نفقته على أبيه الفقير (لأنه) اى لأن الفقير (التزمها) اى التزم النفقة (بالاقدام على العقد) اي على عقد النكاح (إذا المقاصد) يعني من النكاح، وهي التوالد والتناسل والعشرة وغير ذلك (لا ينتظم دونها) اي دون النفقة (فلا يعمل فيما قبلها الاعسار) اى من قبل نفقة الزوجة وولده الصغير ، يعني لا يلتفت إلى الاعسار في نفقتها .

ثم اليسار مقدر بالنصاب ، فيما روي عن أبي يوسف « رح » وعن محمد « رح » أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً ، أو بما يفضل عن ذلك من كسبـــه الدائم كل يوم ، لان المعتبر في حقوق العباد ، إنما هو القدرة دون النصاب ، فإنه للتيسير

وأصل الكلام ، أن نفقة الزوجة وولده الصغير يعني لا يلتفت إلى الإعسار في نفقتها ، وصل الكلام ، أن نفقـــة الزوجة يجري مجرى الديون بدلالة وجوبها مع يسار المرأة ، كسائر الديون . وأما نفقة ولده الصغير ، فلأنها جارية مجرى نفقة الزوجة ، بدلالة قوله ﷺ خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . وقال في شرح الكافي «فإن كان الولد معسراً ، فليس عليه نفقتها ، لأنها لما استويا في الحال ، لم يكن أحدهما بإيجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر . إلا انه روي عن أبي يوسف أنه قـال ، إذا كان الأب زمناً ، وكسب الأب لا يفضل عن نفقته ، فعليه أن يضم الأب إلى نفسه ، لأنه لو لم يفعل، ضاع الأب ، ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد ، فالإنسان لا يهلك على نصف بطنه .

(ثم اليسار) أي المراد باليسار في هذا الباب (مقدر بالنصاب فيما روي عن أبي يوسف) رواها ابن سماعة عن أبي يوسف انه اعتبر اليسار بنصاب الزكاة (وعن محمد) رواها عنه هشام (أنه قدره) أي قدر اليسار (بمـا يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً) يعني إذا كان له فضل على نفقة شهر له أو لعياله ، فإنه يجب عليه نفقة ذوي الرحم المحرم ، وإلا فلا ، أو يفضل عن ذلك هذه رواية أخرى عن محمد أو قدر محمـــد (بمـــا يفضل على ذلك) عن نفقته ونفقة عياله (من كسبه الدائم كل يوم) يعني إذا كان محتملا .

وقال صاحب التحفة وروي عن محمد أن من لا شيء في يده من المال وهو مكسب كل يوم درهما ، فإن يكفيه أربعة دوانق ثمانية ترفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه وينفق فضل على ما يجبر على نفقته.

(لأن المعتبر في حقوق العباد إنما هو القدرة) على شيء (دون النصاب) أي دون القدرة على النصاب (فإنه) أي فإن اعتبار القدرة (للتيسير) أي بحسب مـــا تيسر له

والفتوى على الاول،لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة . وإذا كان للإبن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه،وقد بينا الوجه فيه،وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز عند أبي حنيفة « رح » ، وهذا استحسان . وإن باع العقار، لم يجز . وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله،وهو القياس، لأنه

بخلاف النصاب فإنه في حق الله تعالى ، لا يعتبر فيـــه إلا القدرة على النصاب الكامل (والفتوى على الأول) وهو اليسار مقدار النصاب .

(لكن النصاب) أي المراد من النصاب هنا (وهو نصاب حرمان الصدقة) من أي مال كان ، وهو إن يملك ما فضل عن حاجته الأصلية ما يبلغ مائتي درهم من أي مال كان، وهو الصحيح . ونقل في خلاصة الفتاوى عن الأجناس قـال في نواد أبي يوسف ، يشترط نصاب الزكاة ، ثم قال في الخلاصة ، هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوي الصغرى ان لو انقضى منه درهم ، لا يجب ، ثم قال في الخلاصة ، قال وبه يفتى . وقدر صاحب الهداية أيضاً ، اليسار بالنصاب ، لكن فسره بنصاب الزكاة وحرمان الصدقة كما ذكرنا .

(فإذا كان للإبن الغائب مال ، قضي فيه بنفقة أبويه ، وقد بينا الوجه فيه) أي بينا وجه المسألة في القضاء في نفقة الغائب عند قوله ، ولا يقضي بنفقته في مال الغائب إلا لهؤلاء، وللزوجة أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ، لكونها متفقـاً عليها ، فكان قضاء القاضي إعانة لهم ، وقد مر الكلام فيه .

(وإذا باع أبوه متاعة) أي متاع ابنه الغائب (في نفقته جاز عند أبي حنيفة وهـذا استحسان) وعندهما لا يجوز ، وفي الكافي . هذا الخلاف في بيع الأب . أمـا بيع غير الأب ، لا يجوز إجماعاً ، وفي حال حضرة من يستحق عليه النفقة ، ليس لأحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار إجماعاً .

(وإن باع) أي الأب (العقـــار لم يجز) إلا إذا كان الولد صغيراً ، فيبيع ذلك . وأجمعوا أن الأم لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير . كـــذا في شرح الطحاوي (وفي قولهما) أي وفي قول أبي يوسف ومحمد (لا يجوز ذلك كله وهو القياس لأنـه) أي لأن

لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ . ولهذا لا يملك حال حضرته ، ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة ، وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة «رح» أن للاب ولاية الحفظ في مال الغائب، ألا ترى أن للوصي ذلك ، فالاب أولى لوفور شفقته ، وبيع المنقول من باب الحفظ ، ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها .

الأب (لا ولاية له لانقطاعها) أي لانقطاع الولاية (بالبلوغ) أي إذا بلغ الصغير (ولهذا) أي ولأجل انقطاع ولاية بعد البلوغ (لا يملك) الأب بيع مال ابنه البالغ(حال حضرته ، ولا يملك البيع في دين له) أي الأب (سوى النفقة) ولو قضى القاضي بذلك ، لا يجوز لأنه قضاء على الغائب .

(وكذا لا تملك الأم) بيع متاعه (في النفقة) وهذا مخالف لما ذكر في الأقضية ،ولما ذكره القدوري من جواز بيع الأبوين . فإما أن يكون في المسألة روايتان ، في رواية الأقضية والقدوري تملك الأم البيع كالأب ، لأن معنى الولادة يجمعها ، وهما في استحقاق النفقة على السواء . وأما ما في الأعضية والقدوري هؤلاء ، بأن الأب هو الذي يبيع ، لكن لنفقتها ، فأضاف البيع إليهما من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما . قال الأكمل وهو الظاهر ، قلت الظاهر هو الأول على ما لا يخفى .

(ولأبي حنيفة أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك ، لكن الغرض أن يتبعه لنفقته، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده في البيع الحفظ ،أجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة ، فبقصده الإدفاق لا يتغير ملك الحقيقة ، إذ لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة ، لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالإنفاق ، لأنا نقول الإتلاف بعد وجوب النفقة في الحال لا يجب (فلا تعارض ألا ترى أن للوصي ذلك) أي بيع العروض على الوارث الكبير الغائب للحفظ (والأب أولى لوفور شفقته ، وبيع المنقول من باب الحفظ) لأن العين يخشى عليه الهلاك (ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها) فلا يحتاج إلى بيعها للحفظ .

وبخلاف غير الاب من الأقارب ، لانه لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة الصغر ، ولا في الحفظ بعد الكبر . وإذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه ، وهو النفقة ، فله الاستيفاء منه ، كما لو باع العقار والمنقول على الصغير ، جاز لكمال الولاية ، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه ، وإن كان للإبن الغائب مال في يد أبويه ، وأنفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما ، لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر ، وقد أخذا جنس الحق . وإن كان له في يـــد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية ، لانه نائب في الحفظ لا غير

(بخلاف غير الاب من الأقارب ، لانه لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة السفر ولا في الحفظ بعد الكبر ، وإذا جاز بيع الاب ، فالثمن من جنس حقه ، وهو النفقة ، فله الاستيفاء منه)مقدار بنفقته (كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ، ثم له أن يأخذ الثمن بنفقة لانـــه من جنس حقه) لا يقال إذا قدرت الدائن على جنس حقه من مال الغائب ، ينبغي أن يأخذه ، لانا نقول إنما يأخذ رب الدين إذا امتنع المديون عن الإيفاء وهاهنا لم يعلم امتناعه لغيبته فلا يأخذ .

(وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه ، فأنفقا منه ، لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما ، لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر) أشار به إلى مـــا قال عند قوله ، ولا يقضى بالنفقة في مـــال الغائب إلا لهؤلاء (وقـــد أخذا) أي الابوان (جنس الحق) فلا يضمنا شيئاً .

(وإن كان له) أي الابن (مال في يد أجنبي ، فأنفق) أي الاجنبي (عليهما) أي على أبويه (بغير إذن القاضي ضمن) أي الاجنبي (لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية ، لانه نائب في الحفظ لا غير) لانه لا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، حيث لم يكن وكيلا عنه

بخلاف ما إذا أمره القاضي ، لان أمره ملزم لعموم ولايته ، وإذا
ضمن لا يرجع على القابض ، لانه ملكه بالضمان فظهر أنه كان
متبرعاً بــــه ، وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام
بالنفقة فمضت مدة سقطت لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجـــة ،
حتى لا تجب مع اليسار ، وقد حصلت بمضي المدة ، بخلاف نفقة
الزوجة ، إذا قضى بها القاضي ،

في الدفع . وقال الكاكي بغير إذن القاضي ضمن أي في القضاء أما ديانة فلا ضمانة عليـه حتى كان لـــه أن يحلف بعد موت المودع أنه لا حق لورثته قبله ، لانـــه لم يرد بذلك غير الإصلاح .

وفي النوادر إذا لم يكن في مكان يمكن استطاع رأي القاضي لا يضمن استحساناً . وقد قالوا في رجلين كانا في سفر فأغمي في أحدهما ، فأنفق رفيقه عليه من ماله ، أو مات فجهزه صاحبه من ماله ، لا يضمن استحساناً . وكذا العبد المأذون في التجارة إذا كان في بلاد بعيدة ، فمات مولاه ، فأنفق على نفسه ومـا معه من الامتعة وللدواب لا يضمن استحساناً . وكذا روي عن المشايخ أنهم قالوا ، إذا كان للمسجد أوقاف ، ولم يكن له متولي ، فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريع الاوقاف لينفـق على مصالح المسجد بمـا يحتاج إليه من شراء الزيت والحصير لا يضمن .

(بخلاف ما إذا أمره القاضي ، لان أمره ملزم لعموم ولايته فإذا ضمن) أي الاجنبي (لا يرجع على القابض) وهو الاب والام (لان ملكه بالضمان) أي لان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان (فظهر انه كان متبرعــاً به) أي بملك نفسه (وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوى الارحـــام بالنفقة ، فمضت مدة ، سقطت) أي النفقة ، وبه قـــال الشافعي وأحمد .

(لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب في اليسار ، وقد حصلت بمضي المدة) اي كفاية الحاجة (بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي) حيث لا تسقط ، لأن نفقة المرأة

لانها تجب مع يسارها ، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى . قال، إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه ، لان القاضي له ولاية عامة ، فصار إذنه كأمر الغائب ، فيصير ديناً في ذمته ، فلا يسقط بمضي المدة

جارية مجرى الديون (لأنها تجب مع يسارها) اي مع يسار المرأة (فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى) لما قلنا انها كالدين ، فلا تسقط بمضى المدة .

(قال) اي القدوري (إلا ان يأذن القاضي في الاستدانة عليه) هذا استثناء من قوله سقط ، اراد ان القاضي إذا أذن لهم في الاستدانة عليه ، فحينئذ لا تسقط نفقتهم بمضي المدة لأن ما أخذوه بإذن القاضي صار ديناً على الغائب ، فلم يسقط بعد ذلك كسائر الديون (لأن القاضي له ولاية عامة ، فصار إذنه كأمر الغائب ، فيصير ديناً في ذمته ، فلا يسقط بمضي المدة) وقال الكاكي قوله ، لأن إذن القاضي بالاستدانة ، وإن كانت الاستدانة من نفقة ذوي الأرحام .

وذكر في زكاة الجامع ، ان نفقة المحارم تصير ديناً بالقضاء ، ويسقط . واختلف المشايخ فيه ، قيل ما ذكر في الجامع إذا استدان المقضى له بالنفقة ، وانفق ، كانت الحاجة قائمة مقام الدين . وما ذكر على غيره إذا أنفق من غيره إذا أنفق من استدانة ، بل أكل من الصدقة او المسألة ، فلم يبق الحاجة بعد مضي المدة وإليه مال السرخسي في كتاب النكاح . وقيل ما ذكر في سائر الكتب ما إذا طالت المدة وما ذكره في الجامع الصغير ما قصرت المدة ، فإنه يصير ديناً بالقضاء ، وكيف لا يصير ديناً والقاضي مأمور بالقضاء ، ولو لم يصر ديناً ، لم يكن الامر بالقضاء بالنفقة والفصل بين القليل والكثير بالشهر .

فصــــل

وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده ، لقوله عليـــه السلام في المماليك ، إنهم إخوانكم ، جعلهم الله تعالى تحت أيديكم ، أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله، فإن امتنع، وكان لهما كسب ، اكتسبا وأنفقا لان فيه نظراً للجانبين حتى يبقى المملوك حياً ، ويبقى فيه ملك المالك، وإن لم يكن لهما كسب بأن

(الفصل في نفقة الرقيق)

جميع هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو نفسه ظاهر (وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده) هذا بإجماع العلماء إلا عامر الشعبي (لقوله عليه السلام) اي لقول النبي ﷺ (في المماليك ، إنهم إخوانكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، أطعموهم مما تأكلون ، وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله) .

هذا الحديث أخرجه البخاري عن أبي ذر الغفاري ، في حديث هذا الذي ذكره المصنف بعضه ، ولفظه هم إخوانكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فاطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم ،فإن كلفتموهم شيئاً ، فأعينوهم . ولفظ لا تعذبوا عباد الله في رواية أبي داود ، ولكن لفظه ومن لا يلائمكم منه فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله . ثم المستحب ان يطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس وحديث أبي ذر محمول على الاستحباب. وقال ابن شهاب قوله عليه السلام فليطعمه مما يأكل خرج مخرج الغالب طعمتهم متساوية وكذا كسوتهم.

(فإن امتنع) اي المولى عن الانفاق على أمته وعبده (وكان لهما) اي للأمة والعبد (كسب اكتسبا وأنفقا على أنفسهما ، لأن فيه نظراً للجانبين) جانب المولى وجانب الامة والعبد (حتى يبقى المملوك حياً ، ويبقى فيه ملك المالك ، وإن لم يكن لهما كسب بأن

كان عبداً زمناً أو جارية لا يؤاجر مثلها ، أجبر المولى على بيعهما لأنهما من أهـــل الإستحقاق ، وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حـق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير ديناً ، فكان تأخيراً على ما ذكرنا ، ونفقة المملوك لا تصير دينـــاً ، فكان إبطالاً .
وبخلاف سائر الحيوانات ، لانها ليست من أهل الاستحقاق ،

كان عبداً زمناً او جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما لانهما من أهل الاستحقاق، وفي البيع إيفاء حقها) الإيفاء مصدر من أوفى يوفي من الوفاء(وإبقاء حق المولى)من أبقى يبقي إبقاء من البقاء (بالخلف) وهو الثمن .

وفي الذخيرة في ظاهر مذهب أصحابنا ، لا يجبر الإنسان على نفقة غير الرقيق ، كالحيوانات وغيرها ، كالدور والعقار والزروع والثمار ، إلا ان يكره ، لأن فيه يضيع المال، وفيه رجل له عبد ومدبر أو أمة أو مدبرة أو أم ولد يجبر على نفقتهم ، فإن أبى فكل من يصح للاجارة يؤجر وينفق عليه من أجرتـــه ومن لا منفعة به لعذر ، صغراً أو كبراً أو زمانة ، وما أشبه ذلك . ففي العبد والأمة يجبر على بيعهـــما ، وفي المدبرة والمدبرة وأم الولد يجبر على الإنفاق عليهم وفي المكاتب والمكاتبة لا يجبر لالتحاقهم بالأحرار. عبد بين رجلين تنازعا فيه يجبران على نفقته وفي الدابة يجبران ولو طالب أحدهما من القاضي أن يـأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعاً . فالقاضي بقول الآخر الآتي ، إمـا أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعايـــة لجانب الشريك ، هكذا ذكره الخصاف وذكر السرخسي أنه لا يجبر .

(بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير ديناً فكان تأخيراً على ما ذكرنا) أشار بـــه إلى قوله بخلاف نفقة الأزواج إذا قضى لها القاضي ، لأنها تجب مع يسارهـا ، فلا تسقط (ونفقة المملوك لا تصير ديناً فكان إبطالاً) فيجبر على البيع (وبخلاف سائر الحيوانات) حيث لا يجبر على الإنفاق عليها (لأنها ليست من أهل الإستحقاق) إذ لا بد من القضاء والإحياء،

فلا يجبر على نفقتها ، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان ، وفيه ذلك . ونهى عن إضاعة المـــال ، وفيه إضاعته . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجبر ، والاصح ما قلنا . والله أعلم .

ومن المقضى عليه ، والعبد يصلح والحيوانات لا تصلح (فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به) أي بالإنفاق (فيما بينه وبين الله تعالى لأنـــه عليه السلام) أي لان النبي ﷺ (نهى عن تعذيب الحيوان) وقد تقدم عن قريب ما رواه أبو داود لا تعذبوا خلق الله وسنده حدثنا عثمان بن أبي شيبة ، حدثنا جرير عن حرير عن عمر عن معروف بن سويد (به وفيه ذلك) أي وفي الإمتناع عن انفاق الحيوانات تعذيب الحيوان .

(ونهى عن إضاعة المال) وهو ما رواه البخاري بإسناده إلى المغيرة قال ، قال ﷺ ، إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات كره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المـــال ووأد البنات وفيهن احباء (ومنهن إضاعة) وفي ترك الإنفـــاق على الحيوانات إضاعة .

(وعن أبي يوسف أنه يجبر) مالك الحيوانات على النفقة عليها ، وبه قـــال الشافعي ومالك وأحمد ، لأن فيه إضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان (والأصح مـــا قلنا) أي لا يجبر على إنفاق سائر الحيوانات ، لأنها ليست من أهل الإستحقاق .

فروع ، عبد صغير في يـــد رجل ، فقال لغيره هذا عبدك أو وديعة عندي ، فأنكر يستحلف بالله ما أودعه ، ويقضي بنفقته على ذي اليد ، لانه أقر برقه ، ولم يثبت لغيره ، فيبقى على حكم ملكه ، ولو كان كبيراً لا يستحلف ، لانه في يد نفسه ، والقول قوله في الرق والحرية والنفقة تجب على من له المتعة مالكاً كان أو غير مالك مسألة أوصى بجارية لإنسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على الموصى له بالجاريـــة . ولو أوصى الإنسان بدار وبسكناها لآخر وهي تخرج من الثلث ، فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له . فإن قال صاحب السكنى ، قد انهدمت الدار ، أنا أبنيها وأسكنها ، كان له ذلك . ولا يصير

متبرعاً ، لانه يصير مضطر فيه ، لانه لا يصل إلى حقـــه إلا به ، كصاحب العلو مع صاحب السفل ، وامتنع صاحبه من بنائه .

وكذا لو أوصى بنخل ولآخر بثمره ، فالنفقة على صاحب الثمرة . وفي التبن والحنطة إن بقي شيء من ثلث ماله ، فالتخليص في ذلك على صاحب المال ، وإن لم يبق ، فالتخليص عليهما ، لان المنفعة لهما . وفي السمسم أوصى بدهنه لواحد وبشجرة لآخر ، فالنفقة على صاحب الدهن .

وعن محمد ذبح شاة وأوصى بلحمها لواحد وبجلدها الآخر ، فالتخليص عليها كالحنطة والتبن . وقيل أجرة الذبـح على صاحب اللحـــم دون الجلد . وفي التنبيه ينبغي أن تجب نفقة المبيع قبل القبض على المشتري . والصحيح أن نفقته على البائع مـــا دام في يده . وفي المغني لا يجبر العبد على الضريبة . كان كثير من الصحابـــة رضي الله تعالى عنهم ، يضربون الضراب على رقيقهم . روي أنـــه كان ألف مملوك للزبير على كل واحد منهم كل يوم درهم ، والله أعلم بالصواب .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب العتاق

(كتاب العتاق)

أي هذا كتاب في بيان أحكام العتاق ، والمناسبة في ذكر العتاق بعد الطلاق لأنهما يتساوان في إسقاط السراية واللزوم، ولا يقبل العتق الفسخ كالطلاق ، إلا أنه قدم الطلاق على العتاق ، مع أنه غير مندوب اليه بمقابلة ذكر النكاح ، وقد قلنا إن العتاق إسقاط الحق ، والإسقاطات أنواع يختلف أسماؤها باختلاف أنواعها ، فإسقاط الحق من الرق عتق، وإسقاط الحق عن البضع طلاق ، وإسقاط ما في الذمة براءة ، وإسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو .

ثم العتاق والعتق عبارتان عن القوة ، يقال عتق الطائر إذا قوي فطار عن وكره ، ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة، والخمره إذا تقادم عهدها تسمى عتيقاً لاختصاصها بزيادة القوة . والكعبة تسمى عتيقاً لاختصاصها بالقوة الرافعة التمليك عن نفسها وخلاصها من أيدي الجبابرة ، والعتيق الجميل ، ومنه يسمي أبو بكر رضي الله تعالى عنه عتيقاً لجماله وقيل لتقدمه في الخير ، وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه . وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيقك من الموت ، فهبه له ، وكانت لا يعيش لها ولد . وقيل اسمه العلم يقال أعتق يعتق عتقاً وعتاقاً ، وأعتقه سيده أعتاقاً . وفي الصحاح العتق الحرية، وكذا العتاق بفتح العين ، والعبد عتيق أي معتق وفي المغرب العتق الخروج عن الملكية ، وقد يقام العتق مقام الإعتاق ، ومنه قول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك .

وفي المبسوط الإعتاق لغة إثبات القوة ، وفي الشرع إثبات القوة الشرعية بإزالة الرق الشرعي والقوة الشرعية ، كونه أصلاً للقضاء والولاية والشهادة قادر على التصرف في الأغيار وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه ، وقال الأترازي الإعتاق إزالة ملكه ينحر بنقض زوال العتق ، وهذا عند أبي حنيفة . والعتق الحرية الحاصلة بعد الملك ، وقالا

الإعتاق تصرف مندوب اليه ، قال عليه السلام أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار

الإعتاق اثبات العتق والملك عبارة عن المطلق الحاجر . والرق عبارة عن معنى إذا ثبت في الآدمي يصح تملكه انتهى . والحرية عبارة عن الخلوص ، يقال طين حر أي خالص مما يشوبه ، وأرض حرة أي خالصة لإخراج غلتها ولا عشر .

وفي الشرع الحرية خلوص حكمي ليظهر في الآدمي بانقطاع حق الإعتبـــار عن نفسه وإثبات هذا الوصف الحكمي يسمى إعتاقاً وتحريراً . ومن محاسنه أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقاً بالجمادات إلى كونه أهلاً للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية والقضاء . ثم العتق يحتاج إلى معرفة أشياء معرفة تفسيره لغة وشرعاً ، وقد ذكرناهما ، وسببه وشرطه وركنه وحكمه وحقيقته وأنواعه .

فسببه : نوعان في الواجبات ما شغل ذمته بوجوب الإعتاق من النذور والكفارات . وفي غير الواجبات هو ملك القريب والنشاط الداعي اليـــه في نفسه من طلب الثواب أو طلب رضاء غيره .

وشرطه : أن يكون المعتق حراً بالغاً عاقلاً مالكاً ملك اليمين.

وركنه : ما ثبت به العتق ، وهو نوعان صريح وكناية .

وحكمه : زوال الرق والملك عن المحل .

وصفته : أنه مندوب اليه لكنه ليس بعبادة حتى يصح من الكافر .

وأنواعه : المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت ، وكل منها اما ببدل أو بغيره.

(الإعتاق تصرف مندوب اليه) يقال ندبه للأمر فانتـــدب ، أي دعا له فأجاب (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن مرجانة عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ أيما امرء مسلم أعتق أمرئاً مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً من النار . وفي لفظ من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه

من النار حتى الفرج بالفرج . وذكر البخاري في كتاب النـذور ينبغي أن لا يكون أشل ولا أعور ولا أصم وغير ذلك لينال بذلـــك ما وعد الله في الحـــديث بقوله حتى الفرج بالفرج . وثبت في الحديث أنه عليه السلام قال أفضلهـــا أعلاها ، روي بعين مهملة وبغين معجمة .

ولو كان العبد اليهودي أو النصراني أكثر ثمناً من المسلم فإعتـــاق اليهودي والنصراني أفضل من المسلم عند مالك لظاهر الحـديث . وقال أصبغ المسلم أفضل وهو الحق لقوله عليه السلام أيما رجل أعتق مسلماً . وقال عبد الملك أعلاها ثمناً في ذوي الدين ، ولو غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة أوقطع الطريق كان إعتاقه محرماً وينفذ عتقه .

وفي المحيط وغيره الإعتاق على ثلاثة أقسام قربة ومباح ومعصية ، فالقربة لوجه الله تعالى ، والمباح هو العتق لزيد ، والمعصية الإعتاق لوجه الشيطان أو للصنم.وعندالظاهرية لا يعتق في هذا الوجه . وفي التحفة الإعتاق أنواع قد يكون قربة وطاعة الله تعـالى بأن أعتق لوجه الله تعالى ، أو نوى كفارة عليه ، وقد يكون مباحاً غير قربة بأن أعتق من غير نية أو أعتق لوجه فلان ، وقد يكون معصية بأن قال أنت حر لوجه الشيطـان ، ويقع العتق أيضاً ومال العبد لمولاه عند الجمهور ، وعند الظاهرية للعبد ، وهو قول الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك وأهل المدينة لما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه عليه السلام قال من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد ، رواه أحمد . وكان عمر رضي الله عنه إذا أعتق عبداً لم يتعرض لماله .

وللجمهور ما روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه قال لغلامه ياعمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هيا فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول أيمـــا رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده ، ورواه الأثرم ، ويدل عليه قوله عليه السلام من باع عبداً وله مال فماله لبائعه ، وقال الوليد هذا الحديث خطأ ، وفعل عمر رضي الله تعالى عنه من باب التنفيل .

ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء . قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية ، لأن العتق لا يصح إلا في الملك ، ولا ملك للملوك والبلوغ ، لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضرراً ظاهراً ، ولهذا لا يملك الولي عليه . والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ، ولهذا لو قال البالغ أعتقتك وأنا صبي فالقول قوله

(ولهذا) أي ولكون العضو في مقابلة العوض في الإعتاق (استحبوا) أي العلماء (أن يعتق الرجل العبد والمرأة والأمة لتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء) ومقابلة الفرج بالفرج إنما يتحقق بين الذكرين وبين الأنثيين، بخلاف ما إذا كان بين الذكر والأنثى .

(قال) أي القدوري في مختصره (والعتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه) الذي يدل عليه كلام القدوري أن لصحة الإعتاق أربع شرائط ، الأول : الحرية [1] ، والثاني : العقل ، والثالث : البلوغ ، والرابع : أن يكون العبد في الملك ، وشرحها المصنف كما ترى فقال (شرط) أي القدوري (الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ، ولا ملك للملوك والبلوغ) بالنصب، أي وشرط البلوغ (لأن الصبي ليس من أهله) أي من أهل العتق ، أي الإعتاق (لكونه) أي لكون الإعتاق (ضرراً ظاهراً) أي في حقه (ولهذا) أي ولأجل كون الإعتاق ضرراً في حقه (لا يملك المولى عليه) أي على الإعتاق عنه ، وكذا الوصي ، وإنما قلنا أي الإعتاق لأن الصبي من أهل العتق ، ألا ترى أنه لو ورث أخاه يعتق عليه ، يدل على أنه من أهل العتق ، ولكنه ليس من أهل الإعتاق .

(والعقل) بالنصب أيضاً ، أي وشرط العقل (لأن المجنون ليس من أهل التصرف ، ولهذا) أي ولكون الصبي غير أهل للتصرف (لو قال البالغ أعتقتك وأنا صبي فالقول قوله) لأنه لما أسند إلى حالة منافية للإعتاق كان إنكاراً منه للإعتاق ، والقول للمنكر .

---

(١) في الأصل – لا لحرية – والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

وكـــذا لو قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونـــه كان ظاهراً لوجود الاستناد إلى حالة منافيـــة ، وكـــذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهوحر إذا احتلمت لأنه ليس بأهـــل لقول ملزم ، ولا بد أن يكون العبد في ملكـــه حتى لو أعتق عبـــد غيره لا ينفذ عتقـــه لقوله عليـــه السلام لا عتق فيمـــا لا يملكـــه ابن آدم ،

(وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون) يعني يكون القول قوله ، ولكن فيـــه شرط ، أشار اليه بقول (وجنونه كان ظاهراً) قيد به لأن جنونـــه لو لم يكن ظاهراً لا يسمع كلامه ، وقوله (لوجود الإستناد إلى حالة منافية) أي للإعتـــاق ، وهذا **التعليـــل** يشمل الفصلين ، أعني فصل دعوى البالغ الإعتاق في حالة الجنون (وكذا) أي ولا يصح العتق (لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت ، لأنه ليس بأهل لقول ملزم) يعني لأن الصبى يوجب الحجر عن الأقوال .

فإن قيل لا نسلم ذلك بل هو أصل له ، الا ترى أن صبياً لو أقر بالرق لزمه ، حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا يسمع دعواه . أجيب بأن اللزوم ثمة هو يدصاحب اليد، وإقراره مؤكد مؤيد له .

(ولا بد أن يكون العبد في ملكه) يعني وقت الإعتاق ، وهو قول الجمهور ، وقال مالك أنه يعتق عبد ابنه الصغير ، وليس له أن يعتق عبد ابنه الكبير (حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ) إنما قال لا ينفذ ولم يقل لا يصح ولا يجوز ، لأن إعتاق ملك الغير صحيح وينفذ بإجازة المالك عندنا ، ولا ينفذ بغير إجازته (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي عن عامر الأحول عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لا يملك. وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد عتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو، لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية والوضع، وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما، ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر.

ولو قال له يا حر يا عتيق، يعتق لأنه نداء بما هو صريح في العتق، وهو

(وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد أعتق نوى به العتق أو لم ينو ، لأن هذه الألفاظ صريح فيه) أي في الإعتاق، ولا خلاف فيه لأحد (لأنها مستعملة شرعاً وعرفاً ، فأغنى ذلك عن النية) لأن هذه الألفاظ صريحة فلا يحتاج إلى النية (والوضع) أي وضع هذه الألفاظ .

(وان كان في الإخبار) في الأصل لأنه صورة الإخبار فقد جعل ، أي هذا الوضع (إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة) أي لحاجة الناس (كما في الطلاق) فإن لقوله أنت طالق إخبار في الأصل ، ولكنه جعل إنشاء لحاجة الناس اليه (والبيع) أي وكما في البيع ، فإن قول البائع بعت وقول المشتري اشتريت إخبار في الأصل ، ولكنه جعل إنشاء (وغيرهما) مثل الإجازة ونحوها (ولو قال عنيت به الإخبار) أي لو قال قصدت به ، أي بلفظ من الألفاظ المذكورة الإخبار (بالباطل) أي بالكذب (أو أنه حر من العمل) أي أو قال قصدت به أنه حر من العمل أي لا أستعمله في عمل (لما صدق ديانة) أي فيما بينه وبين الله تعالى (لأنه يحتمله) أي يحتمل ما قصده باعتبار وضعه الأصلي .

(ولا يدين قضاء) أي ولا يصدق من حيث القضاء (لأنه خلاف الظاهر) لأن الظاهر أنه إنشاء ، والإنشاء إثبات أمر لم يكن .

(ولو قال له يا حر ، يا عتيق ، يعتق ، لأنه نداء بما هو صريح في العتق وهو) أي

لاستحضار المنادى بالوصف المذكور ، هذا هو حقيقة فيقتضي تحقق الوصف فيه ، وأنه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقاً له فيما أخبر وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حراً ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به . ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لأنه ليس فيه نداء باسم علمه فيعتبر اخباراً عن الوصف ، وكذا لو قال رأسك حر ووجهك أو رقبتك أو بدنك ، أو قال

النداء (لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) وهو الحرية (هذا هو حقيقة) أي حقيقة المنادى بما هو موضوع للحرية (فيقتضي تحقق الوصف فيه) أي تحقق هذا الوصف فيه وهو الحرية (وانه يثبت من جهته) أي وإن الوصف وهو الحرية يثبت من جهة المنادى (فيقتضي ثبوته) أي ثبوت الوصف (تصديقاً له) أي لكلامه (وسنقرره من بعد) أي في مسألة يا ابني يا أخي (إلا إذا سماه حراً) هذا استثناء من قوله يعتق إلا إذا سمى عبده بلفظ حر (ثم ناداه يا حر) فإنه لا يعتق (لأن مراده إعلام باسم علمه وهولقبه به) فلا يكون إنشاء للحرية .

(ولو ناداه بالفارسية يا آزاد) بفتح الهمزة وبالزاء المخففة وبالدال المهملة (وقد لقبه به) أي والحال أنه قد لقب عبده بهذا اللفظ (قالوا) أي قال المشايخ (يعتق ، وكذا عكسه) يعني إذا ناداه بقوله يا حر وقد سماه آزاد يعتق (إذ ليس فيه نداء باسم علمه) أي لأنه لم يناده باسم علمه (فيعتبر إخباراً عن الوصف) أي الحرية ، لأنه روى المعنى الذي وضع اللفظ له . وإذا قال لعبده يا آزادمرد ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يعتق ، وقال بعضهم لا يعتق ، وبه قال الفقيه أبو الليث في النوازل ، لأنه إذا قيل آزاد يراد به العتق وإذا قيل آزاد مرد يراد به الإنسانية ولا يراد به العتق .

(وكذا) أي وكذلك يعتق (لو قال رأسك حر ووجهك أو رقبتك أوبدنك أوقال

لأمته فرجك حر ، لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق ، وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلـــك الجزء ، وسيأتيك الإختلاف فيه إن شاء الله تعالى ، وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » ، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه . ولو قال لا ملـك لي عليك ونوى به الحرية عتق ، وإن لم ينو لم يعتق

لأمته فرجك حر ، لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق) بأنه إذا قال رأسك طالق أو وجهك طالق ، وقد مر فيه في كتاب الطلاق (وإن أضافـه) أى الإعتاق (إلى جزء شائع) كالنصف والثلث وما أشبه ذلك (يقع في ذلـك الجزء) أى يقع العتق في ذلك الجزء الشائع ثم يؤدى إلى الجميع كمن أعتق بعض جاريته (وسيأتيك الإختلاف فيه إن شاء الله تعالى) يريد به الإختلاف في تجزى الاعتاق عند أبي حنيفـــة وصاحبيه على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

(وإن أضافه) أى وإن أضاف الاعتاق (إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل) فإنها لا يعبر بها عن البدن (لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمـــه الله) وزفر رحمه الله وأحمد أيضاً (والكلام فيه) أى في الاعتاق (كالكلام في الطلاق وقـد بيناه) أى في باب إيقاع الطلاق ، وفي المنتقى قال لعبده ذكرك حر يعتق ، ولو قال فرجك حر قيل يعتق كالأمة . وقال محمد لا يعتق ، لأن فرجه لا يعبر به عن جميع البدن ، بخـلاف الأمة . ولو قال لأمته فرجك حر عن الجماع عتقت . وفي المحيـط لو قال ذكرك حر ، أو رأسك حر ، أو قال لأمته ، ذكر ابن سماعة أنه يعتق كالفرج . وقيـل لا يعتق وهو الأصح ، ومثله جزؤك . ولو قال عتقك حر قيل لا يعتق كالمدبر وقيل يعتق كالرقبـة . ولو قال لسانك حر يعتق ، وفي الدم روايتان .

(ولو قال لا ملك لي عليك ، ونوى به الحرية يعتق ، وإن لم ينو لا يعتق) لأنه من

لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ، ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً الا بالنية . وقال وكذا كنايات العتق ، وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ، ولا سبيل لي عليك ، ولا رق لي عليك ، وقد خليت سبيلك ، لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك، وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية

الكنايات ونص أحمد صريح (لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك ، لأني بعتك ، ويحتمل لأني عتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية) وكذا لا رق لي عليك ، وقيل فيه روايتان . ولو قال لعبده هذا عبد الله ، أو يا عبد الله لا يعتق ، لأنه صادق . وفي المرغيناني قال لعبده أعتقتك لله يعتق . وقيل يعتق بالنية ، والمختار الأول .

ولو قال العتاق عليك يعتق . ولو قال عتقك علي واجب لا يعتق ، بخلاف الطلاق لأنه وجوب بالوقوع . ولو قال تصبح حر فهذا عتق مضاف إلى الغدو.ولو قال تقوم حراً وتقعد حراً ، يعتق في الحال . ونقل صاحب الأجناس عن نوادر ابن رستم عن محمدلوقال لمملوكه أنت غير مملوك لا يكون عتقاً ، لكن ليس له أن يدعيه.وقال فيخلاصة الفتاوى ليس له أن يستخدمه ، فإن مات لا يرث بالولاء . وإن قال المملوك بعد ذلك أنا مملوك له فصدقه كان مملوكاً . وقال فيه أيضاً وكذا لو قال هذا ليس بعبدى لا يعتق .

(قال) أى القدورى (وكذا كنايات العتق) أى وكذا يقع بها العتق إذا وجدت النية وإلا فلا (وذلك) إشارة إلى تفسير ما ذكره القدورى (مثل قوله خرجت من ملكي ولا رق لي عليك ، ولا سبيل لي عليك ، وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل الخروج عن الملك ، وتخلية السبيل بالبيع والكتابة ما يحتمل بالعتق ، فلا بد من النية) لتعين المراد .

وقال في التحفة في قول لا سبيل لي عليك إن نوى العتق ، وإن لم ينو يصدق في القضاء ، لأنه لفظ مشترك ، إلا إذا قال لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق ، ولو قال إلا سبيل الموالاة يصدق في القضاء ، لأنه لفظ

وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك ، وهو المروي عن أبي يوسف « رح » بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى .

مشترك إلا إذا قال لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق ، ولو قال لا سبيل الموالاة يصدق في القضاء لأنه قد يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولاية ، فانه يستعمل في ولاء العتق .

وقال القدورى في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهوحر في القضاء ولا يصدق أنه أراد به غير العتق. واو قال إلا سبيل الموالاة يصدق . في القضاء، لأنه قد يراد به الموالاة في الدين ، بخلاف لفظ الولاية فانه يستعمل في ولاء العتق . وقال القدورى في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق لأن المولى قد يقول لعبده لا سبيل لي عليك بالدم ، لأنك وفيت بالخدمة وفعلت ما أمرتك . وقد يقول لا سبيل لي عليك لأني كاتبتك فزالت يدى عنك ولا سبيل لي عليك لأني أعتقتك ، فاذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع إلا بالنية ، انتهى . وقيل في لا سبيل لي عليك ، لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك ، لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه ، ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق .

فان قيل زوال اليد إما أن يكون ملزوماً لزوال الملك أو لازماً له ، فان كان الأول فليكن مجازاً ، لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وإن كان الثاني فليكن كناية عن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم . فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه، كما في المكاتب ، ولا يلزم لانفكاكه زوال الملك عنه ، فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم .

(وكذا قوله لأمته قد أطلقتك) أى كذا هذا اللفظ أيضاً من كنايات العتق . فاذا نوى العتق عتقت وإلا فلا (لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبي يوسف ، بخلاف قوله طلقتك) حيث لا يثبت به العتق وإن نوى ، لأنه صريح في الطلاق ، فلا يثبت به العتق (على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى) أراد به عند قوله لأمته أنت طالق .

ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق ، لأن السلطان عبارة عن اليـد ، وسمى السلطـان به لقيـام يده ، وقد يبقى الملك دون اليـد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيـل لي عليـك ، لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك ، لأن للمولى على المكاتب سبيلا ، فلهذا يحتمـل العتـق .

(ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق ، لأن السلطان عبارة عن اليد) فيه تسامح،بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة، كذا قاله الكاكي،وقال الأكمل يقال لفلان سلطنة،ويراد بها القدرة الثانية من حيث اليد والاستيلاد ففيه نفي اليد،فكأنه قال لا يد لي عليك . ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك . قلت ما قاله حاصل ما قال المصنف بقوله (وسمي السلطـان به) أي بلفظ السلطان (لقيام يده) بتصرفه كيف شاء (وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب) فان المولى لا يدله على المكاتب وملكه فيه باق .

(بخلاف قوله لا سبيل لي عليك ، لأن نفيه) أي نفي السبيل (مطلقـاً) يعني من غير قيد بشيء يكون (بابقاء الملك ، لأن للمولى على المكاتب سبيـلا) يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة ، حتى إذا انتفى عند ذلك بالبراءة يعتق (فلهـذا يحتمل العتق) أي لأجل أن نفي السبيل مطلقاً بانتفاء الملك يحتمل قوله لا سبيل لي عليك العتق . وقال الأترازى وقد روي عن الكرخي أنه قال ما صح لي وجه الفرق بين المسألتين وقد فني عمرى . وقال أبو بكر الرازى خرج الشيخ أبو الحسن الكرخي من الدنيا ، والفرق بين السبيل والطلاق مشكل عليه . وقال الكاكي والفرق ما ذكره في الكتاب .

ووجه آخر أن السلطان مشترك بين الحجة واليد ، ونفي أحدهما لا يستـدعي نفي الآخر ، ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك كما في الكتابة . وفي الينابيع قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لا يعتق ، وقيل يعتق . وقال الأترازي لفـظ القدوري في مختصره لا يعتق ، وهو رواية الأصل . وقال في الحاوي يعتق إذا نوى .

ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله ، وإذا كان لا يولد مثله لمثله ، ذكره بعد هذا ، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه ، لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه ، وإذا ثبت عتق ، لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه

(ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق) هذا القيد اتفاقي ، لأنه ذكر في الينابيع الثبوت على الإقرار ليس بلازم ، ولهذا لم يذكر هذا اللفظ في المبسوط . وفي أصول فخر الإسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق . وفي المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى هذا ليس بقيد ، حتى لو قال بعد قوله هذا ابني أو همت أو أخطأت يعتق ولا يصدق . ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي وتزوجها بعد ذلك جاز أصر على ذلك أم لا ، قالوا هذا جواب في معروفة النسب ، أما في مجهولة النسب أي أدام على ذلك ثم تزوجها لم تجز وإلا جاز . وقال صاحب المجتبى عرف بهذا أن الثبوت على ذلك شرط في الفرقة وامتناع جواز النكاح دون العتق .

(ومعنى المسألة) إنما قال – ومعنى المسألة – لأن المسألة ذكرها القدوري، وفسرها المصنف بقوله ، معنى المسألة (إذا كان يولد مثله لمثله ، فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا) أي ذكره القدوري بعد هذا بقوله وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني (ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه ، لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة ، والعبد يحتاج إلى النسب) حتى يحصل له معين وظهير (فيثبت منه) أي فيثبت نسبه من مولاه ، لأنه ليس له نسب معروف .

(فإذا ثبت ، عتق ، لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له) أي للعبد (نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر) لأنه ثابت النسب من الغير (ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه) يعني عملاً بمجاز اللفظ ، لأن النبوة سبب التحرير ، وإطلاق السبب

عند تعذر إعمال الحقيقة . ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى . ولو قال هذا مولاي أو يا مولاتي عتق ، أما الأولى

وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز (عند تعذر إعمال الحقيقة) لأن الذهاب إلى المجاز له طرق ، منها عند تعذر الحقيقة وتعذر العمل بالحقيقة هنا ظاهر .

(ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى) يعني عند بيان الدليل لأبي حنيفة في قوله – وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة – والأصل في هذا الباب أن من وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه ، أعني القرابات المحرمة للنكاح ، كقوله هذا ابني ، أو هذه بنتي ، أو هذا أبي ، أو هذه أمي ، أو هذا عمي أو خالي ، أو قال هذا جدي . قال في التحفة ذكر في ظاهر الرواية وسوى بين الكل إلا في الأخ والأخت ، فإنه لا يعتق إلا بالنية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه سوى بين الكل وقال يعتق .

ثم اعلم أن في قوله هذا أبي وهذه أمي وهو يصلح أن يكون ولداً لهما وهو مجهول النسب يثبت العتق ، ولكن لا يثبت النسب ما لم يصدقاه ، بخلاف قوله المجهول النسب هذا ابني حيث يثبت العتق والنسب بلا تصديق ، وعليه نص الحاكم ، لأن في الصورة الأولى يحمل النسب على غيره فيعتبر تصديقه بخلاف النبوة ، لأنه تحملها على نفسه ، كذا في الشامل ، ثم إذا قال له هذا ابني ، هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه بعضهم قالوا لا يثبت الإستيلاد سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب . وقال بعضهم يثبت في الحالين . وبعضهم فرق إن كان معروف النسب لا يثبت . وفي مجهول النسب يثبت ، كذا في التحفة .

(ولو قال هذا مولاي أو مولاتي عتق) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وعليه نص الحاكم في الكافي ، ولا يحتاج إلى النية لكونه صريحاً ، كذا في التحفة ، ونقل في خلاصة الفتاوى عن العيون قال لا يعتق بالنداء إلا في موضعين ، يا مولاي يا حر ، وقال زفر رحمه الله لا يعتق بدون النية ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » (أما الأولى) وهو

فلان اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالات في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له ، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة

قوله هذا مولاي (فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر) أشار بهذا إلى أن لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى الناصر ، قال الله تعالى ﴿ وإن الكافرين لا مولى لهم ﴾ ١١ محمد ، أي لا ناصر لهم (وابن العم) قال الله تعالى ﴿ وإني خفت الموالي من ورائي ﴾ ٥ مريم ، أي ابن عمي بعد موتي ، كذا قال أهل التفسير . وقال طرفة :

فمالي أراني وابن عمي مالكا	متى أدن منه ينئى عني ويبعدا
فلو كان مولاي امرء هو غيره	لفرج كربي أو لأنظر في غدا

والمولى في البيت بمعنى ابن العم .

(والموالات في الدين) يقال مولى الموالات وصورة الموالات حر عاقل بالغ مسلم غير معتق لأحد ، ولم يعقل عنه بقوله لآخر أنت مولاي ترث عني إذا مت وتعقل إذا جنيت ، ويقول الآخر قبلت ، فيكون القابل مولى له ويرث منه إذا مات ويعتق عنه إذا جنى (والأعلى) أي المولى الأعلى ، وهو الذي يعتق (والأسفل في العتاقة) هو الذي أنعم عليه بالعتق والأعلى مقابله والمصنف ذكر للمولى خمسة معان . وذكر ابن الأثير أنه يستعمل في ثلاث وعشرين معنى ، وزاد عليه غيره ، وما ذكره المصنف هو المشهور منها الخمسة المذكورة ، ويطلق على الرب والمالك والسيد والمنعم عليه بغير إعتاق والعبد والمحب والبائع والجار والحليف والظهير والمعقل والولي والوارث وابن الأخت والشريك والموضع الذي يكون فيه الحروب والسلط ، لكن المعاني البعيدة لا يعرفها كل واحد ، ولا يخطر ببال سيد العبد ، فلا اعتبار بها فتعين ما ذكره المصنف « وح » .

(إلا أنه تعين الأسفل) أي غير أنه تعين المولى الأسفل (فصار كاسم خاص له ، وهذا) أشار به إلى وجه كون الأسفل كاسم خاص له بقوله (لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة) أراد أنه لا يجوز أن يحمل المولى في قوله هذا مولاى على النصرة ، لأن المولى لا يستنصر

والعبد نسب معروف فينتفي الأول والثاني والثالث نوع مجاز ، والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح ، وكذا إذا قال لأمته هذا مولى لما بينا ، ولو قال عنيت به للمولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفة الظاهر .

بعبده عادة (والعبد نسب معروف) أراد به أنه لا يحمل أنه أراد به ابن العم ، لأنه على خلاف ذلك ، (فانتفى الأول) وهو حمله على الناصر (فانتفى الثاني) أي انتفى الثاني ، وهو حمله على ابن العم (والثالث نوع مجاز) أراد به المولى في الدين ، لأن المولى مشتق من المولى ، وهو القريب ، ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ، ولا من حيث النسب ، ولا من حيث المكان فتعين القرب من حيث الدين ، ولهذا جاز نفيه .

(والكلام لحقيقته) فتعين الأسفل . وقال الأترازي سلمنا أن الكلام لحقيقته إذا لم يكن المجاز مراداً ، أما إذا كان مراداً فلا نسلم على أنا نقول لفظ المولى مشترك وله حقائق لا حقيقة واحدة ، فلا يتعين الأسفل مع تصريحه بأنه لم يرده ، بل أراد به معنى آخر انتهى. قلت في كلامه نظر ، لأن المصنف ما منع الإشتراك ، بل صرح به ، لأنه ذكر له خمسة معان ، ثم بين أنه ما كان يصلح ذلك على معنى ها هنا غير المولى الأسفل ، فتعين لذلك .

(والإضافة إلى العبد) يعني في قوله هذا مولاي (ينافي كونه) أى في كون العبد (معتقاً) بكسر التاء ، حاصله أنه لا يحتمل على أنه أراد به المولى الأعلى ، لأن العبد لا يعتق مولاه (فتعين المولى الأسفل) وهو العبد الذى أنعم عليه بالعتق ، كما ذكرنا ، فإذا كان كذلك (فالتحق بالتصريح) في إيقاع العتق بدلالة الحال في المحل ، وهو كونه عبداً .

(وكذا لو قال لأمته هذه مولاتي لما بينا) أى لما بينا من الدليل في قوله هذا مولاى (ولو قال عنيت به) أى لو قال القائل المذكور قصدت بقولي هذا مولاى (المولى في الدين أو الكذب) بالنصب ، أى أو قال عنيت به الكذب (يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفة الظاهر) أى ظاهر الكلام .

وأما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مراده التحق بالصريح ، وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ.

وقال زفر « رح » لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي. قلنا الكلام لحقيقته ، وقد أمكن العمل به ، بخلاف ما ذكره ، لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق، فكان إكراما محضاً.

ولو قال يا ابني ، أو يا أخي لم يعتق ، لأن النداء لإعلام المنادى ،

(وأما الثاني) عطف على قوله أما الأول ، وأراد بالثاني قوله هذا مولاى (فلأنه لما تعين الأسفل مراداً) أى لما تعين المولى الأسفل حال كونه مراداً (التحق بالصريح) الدال على الإعتاق (بالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق ، فكذا النداء بهذا اللفظ) أى بقوله يا مولاى .

(وقال زفر لا يعتق في الثاني) أى في قوله يا مولاى (لأنه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي) وقال في الفتاوى الصغرى إذا قال يا سيدي أو يا مالكي إذا لم ينو العتق لا يعتق . وإذا نوى فعن محمد روايتان

(قلنا الكلام لحقيقته) أراد أن الأصل استعمال اللفظ بحقيقته (وقد أمكن العمل به) أى بقوله هذا أمكن العمل بحقيقته ، لأن معنى قوله يا مولاى من لي عليه ولاء العتاقة ، فتعين الأسفل (بخلاف ما ذكره) أراد به قوله يا سيدي يا مالكي ، يعني ليس فيه ما يدل على العتق ، وهو معنى قوله (لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق ، فكان إكراماً محضاً) وبه لا يحصل العتق وفي الواقعات قال يا سيدى أو سيدان نوى العتق عتق، وإن لم ينو قيل يعتق ، وقيل لا يعتق ، وقيل يعتق في يا سيدي . والمختار أنه لا يعتق . وفي الحاوي قال الحسن بن أبي مطيع يعتق بقوله يا سيدي ، ولا يعتق بقوله يا سيد . وقال بشر لا يعتق فيهما إلا بالنية . وفي النهاية قال القاضي لا يعتق ، قال والذى أراه كناية .

(ولو قال يا ابني أو يا أخي لا يعتق ، لأن النداء لإعلام المنادى) بفتح الدال ،

إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص ، كما في قوله يا حر ، على ما بيناه . وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره ، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون إبناً له بهذا النداء ، فكان لمجرد الإعلام . ويروى عن أبي حنيفة « رح » شاذاً أنه يعتق فيهما ، والاعتماد على الظاهر . ولو قال يا ابن لا يعتق، لأن الأمر كما أخبر،فإنه ابن أبيه ، وكذا

ولا يراد به ما وضع اللفظ له (إلا أنه إذا كان) أى الذى قاله (بوصف يمكن إثباته من جهته) أى إثبات ذلك الوصف من جهة المنادى (كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى) بفتح الدال (استحضاراً) أي لأجل استحضار (بالوصف المخصوص نحو قوله يا حرعلى ما بيناه) يعني عند قوله بالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر (وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهة كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره) أى لتعذر تحقيق الوصف ، وأراد بالوصف البنوة والأخوة ونحوهما من الأبوة .

(والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته، لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون إبناً له بهذا النداء) فاذا كان كذلك (فكان) بقوله يا ابني (بمجرد الاعلام) في ظاهر الرواية (ويروى عن أبي حنيفة شاذاً أنه يعتق فيهما) أى في قوله يا ابني ويا أخي قال في يتيمة الفتاوى إذا قال لعبده يا ابني ، روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق(والاعتماد على الظاهر) أى على ظاهر الرواية ، وهو الذى ذكره القدورى ، وهو المذكور في نوادر النسفي .

(ولو قال يا ابن) بالضم وقطع الإضافة على صورة المنادى المفرد (لا يعتق، لأن الأمر كما أخبر) لأنه صادق فيما أخبره (فإنه ابن أبيه) أي ابن والده (وكذا) أي وكذا لا

إذا قال يا بني أو يا بنيـة ، لانه تصغير للابن والبنت من غير إضافة .
والامر كما أخبر ، وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله ، هذا ابني عتق
عندأبي حنيفة « رح » . وقال لا يعتق ، وهو قول الشافعي « رح »
لهم أنه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو ، كقوله اعتقتك قبل أن أخلق
أو قبل أن تخلق ولابي حنيفة «رح» كلام محـــال بحقيقته ، لكنه
صحيح بمجازه ،

يعتق (إذ قال يا بني أو يا بنية ، لأنه تصغير للإبن والبنت من غير إضافة) إلى ياء المتكلم (والأمر كما ذكر) لأن التصغير قد يكون للاكرام واللطف قاله الكاكي ، والأحسن أن يقال قد يكون للشفقة والترحم .

(وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة) هذه من مسائـــل القدوري ، والمعنى أنه إذا قال لعبده الأكبر سناً منه هذا ابني ، أو قال هذا ولدي عتق عليه عند أبي حنيفة (وقالا لا يعتق ، وهو قول الشافعي لهم) أي لأبي يوسف ومحمـــد والشافعي (أنه كلام) أي أن كلامه هذا (محال بحقيقته) لأن الأكبر سناً محال أن يولد من الأصغر سناً ، وإذا كان مالاً (فيرد ويلغو) فلا يعتق .

فإن قلت لم لا يصار إلى المجاز . قلت إذا كان محالاً بحقيقته لا يثبت مجازه ، وهوالحرية. لأن المجاز خلف على الحقيقة ، فإذا لم يتصور الأصل لم يتصور الخلف ، فصار (كقولك أعتقتك قبل أن أخلق ، أو قبل أن تخلق) بالخطاب على صيغة المجهول ، وتصور الأصل شرط لصحة المجاز ، ألا ترى أنه إذا قال لمعروف النسب وهو أصغر سناً منـه هذا ابني يثبت الحرية مجازاً لتصور الأصل ، فإن مثله يجوز أن يولد له ، لكنه لم يثبت حكم الأصل لمانع ، وهو أنه ثابت النسب من الغير . قال في شرح الأقطع فرق أبو يوسف ومحمـد بـين معروف النسب وبين من لا يولد مثله لمثله ، فان معروف النسب يجوز أن يكون ابنـه من الزنا . ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه .

(ولأبي حنيفة أنه) أي أن هذا الكلام (محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه)لوجوه

لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعاً أو صلة للقرابة ، وإطـلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً ، ولأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف لازم من طريق المجاز على ما عرف ، فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به ، لأنه لا وجه له في المجاز ، فتعين الإلغاء ، وهذا بخـلاف ما إذا قال لغيره قطعت يـدك فاخرجهما صحيحتين

طريق المجاز (لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه ، وهذا) أشار به إلى قوله إخبار عن حرية (لأن البنوة في المملوك سبب لحريته) لأنه لا توجد البنوة في المملوك إلا وقد وجد الحرية معها ، فذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وذكر السبب وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز (إما إجماعاً أو صلة للقرابة) يعني أن البنوة موجبة للصلة ، والعتق صلة ، فتكون البنوة موجبة للعتق (وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً) أي مجـازاً (ولأن الحرية لازمة البنوة في المملوك والمشابهة في وصف لازم من طريق المجاز على ما عرف) في الأصول وغيره (فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء) أي فيحمل قوله هذا ابني على المجاز وهو الحرية تصحيحاً لكلامه .

(بخلاف ما استشهد به) على صيغة المجهول ، وهو قوله أعتقتك قبل أن أخلق (لأنه لا وجه له في المجاز) لأنه لا يتصور أن يكون الاعتاق قبل الانخلاق أصلاً ، فـلم يوجد السبب (فتعين الالغاء) أي الغاء نداء الكلام (وهذا بخـلاف ما إذا قال لغيره) هذا جواب عما يقال لو كان ذكر صحة الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجـاز ، وإن لم يكن الحكم متصور الواجب عليه الارش في الصورة المذكورة ، لأن القطع خطأ سبب وجوب المال ، فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قولك على خمسة آلاف درهم ، فاللازم باطل ، والملزوم مثله ، فأجاب بقوله بخلاف ما إذا قال لغيره (قطعت يدك فاخرجها صحيحتين

حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه . وإن كان القطع سبباً لوجوب المال ، لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص ، وهو الإرش ، وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع ، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له .

حيث لم يجعل مجازاً عن الاقرار بالمال والتزامه) يعنى بالمال المطلق عن القطع ، لأن القطع إنما يكون سبباً لوجوب مال هو إرش ، وهو مخالف لوجوب مطلق المال .

(فان كان القطع سبباً لوجوب المال) وهو واصل بما قبله يعني وإن كان القطع خطأ ، فيكون سبباً لوجوب مال (لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو إرش وانه) أي وان المال المخصوص (يخالف مطلق المال في الوصف) وهو الارش ، ثم أوضح ذلك بقوله (حتى وجب) أي المال الذي هو الارش (على العاقلة في سنتين) تثنية سنة ، كذا قال صاحب النهاية ، قال هكذا كان مقيداً بخط شيخي . وقال الكاكي والأترازي هو الصحيح . وقال الأترازي لأن الكلام وقع فيما إذا أقر بقطع الواحدة وإرش قطع اليد الواحد، بنصف الدية ، ثم الارش إذا زاد على ثلث اليد يكون في ثنتين على العاقلة الثلث في السنة الأولى وللباقي في السنة الثانية ، وما زاد على الثلث فالثلثان في سنتين ، وما زاد في السنة الثالثة قال في بعض النسخ في سنتين بلفظ الجمع وليس بشيء .

(ولا يمكن إثباته) أي إثبات الارش (بدون القطع) لوجود صحة اليد (وما أمكن إثباته) أي والذي أمكن إثباته ، وهو عبارة عن مطلق المال (فالقطع ليس بسبب له) فيتقدر جعل الاقرار بقطع اليد مجازاً عن الاقرار بمطلق المال على أن قطع اليد خطأ مسبب لوجوب المال على العاقلة ، فلو جعل مجازاً عن الاقرار بموجب المال لكان هذا إقرار بما يخصه من الدية ، لأن لازمة قطع اليد وجوب المال موزعاً على العاقلة ، فايجاب المال قصراً على واحد من العواقل لا تكون لازمة قطع اليد ، فلا يصح المجاز، ولأنه لما أخرجها صحيحتين كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له أثر ، فلا يتعلق به حكم بعد ذلك ،

أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكماً ، فأمكن جعله مجازاً عنه . ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلها فهو على هذا الخلاف

لأنه لو ثبت حقيقة الجرح خبراً لا يتعلق به الحكم ، ففي المجاز أولى . ثم لأبي حنيفة في قوله هذا ابني طريقان أحدهما أنه بمنزلة التحرير ابتداء مجازاً بطريق إطلاق السبب على المسبب ، فعلى هذا لا يكون الأم أم ولد إذا كانت في ملكه ، لأنه ليس لتحرم الكلام ابتداء تأثير في أمومية الولد .

والطريق الآخر انه إقرار بالحرية مجازاً كأنه قال عتق علي من حين ملكته ، فان القوة في المملوك سبب العتق وهو الأصح ، ولهذا قال في كتاب الاكراه إذا كره على أن يقول هذا ابني لا يعتق بالاكراه عليه ، والاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لا صحة التحرير ابتداء ، فعلى هذا تصير الجارية أم ولد .

(أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكماً) هذا جواب عما يقال إذا أقر بقطع اليد لا يثبت المال مجازاً ، لأن مطلق الحال مخالف مالاً مخصوصاً وهو الارش ، فكذا الحرية . والثانية البنوة تخالف الحرية الثانية بالبنوة في كونها صلة للقريب ، فلم يكن إثبات الحرية مجازاً للبنوة ، كما لم يثبت في وجوب المال مجازاً لقطع اليد . فأجاب بقوله أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكماً ، أي من حيث الذات وهوزوال الرق ، ولا يوجب الحكم وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات ، فكانت الحريتان سواء فيهما .

قال الأترازي لأن الحرية عبارة عن زوال الرق ، وهو شيء واحد لا يختلف بالاضافة إلى البنوة وغيرها وحكمها خاص المحل للمالكية ، ودفع ملك الغير إلا أنها قد توصف بكونها صلة الرحم وواجبة على التقريب ، وذلك لا يوجب تنوعها كالحرية الواقعة في العاقل البالغ حيث يقع بحالة يترتب عليها . إذ الشهادة والولاية والامارة بخلاف الحرية الواقعه في الطفل والمجنون ، فانها لا توجب هذه الأهلية ، ومع هذا لا يقال إنها تنوعت ، فكذا هنا ، فلما لم يكن الحرية مختلفة (فأمكن جعله) أي جعل هذا ابني (مجازاً عنه) أي عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور ، ولو قال عنها لكان أحسن .

(ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلها فهو على الخلاف) المذكور بين أبي

لما بينا . ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف ، وقيل لا يعتق بالإجماع ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب ، وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجـــازاً عن الموجب ، بخلاف الأبوة والبنوة ، لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة ، ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يعتق ، ووجه الروايتين ما بيناه

حنيفة وصاحبيه (لما بينا) يعني الوجه من الجانبـــين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك) من بنوة أو حرية (إلا بواسطة وهو الأب وهي) أي الواسطة (غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب) وهذا يشير إلى أن الواسطـــة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق .

(بخلاف الأبوة والبنوة ، لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة) فيجعلان مجـــازاً للحرية . ولو كان يولد مثله لمثلها وصدقاه ثبت ذلك وعتقا عليه .

(ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة إنه يعتق) في رواية الحسن عنه (ووجه الروايتين ما بيناه) أما وجه رواية العتق فـما ذكره بقوله ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية إلى آخره ، فكذلك ها هنا الأخوة في الملـــك توجب العتق . وأما وجه رواية عدم العتق فقوله في مسألة الجد ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة ، وكذلك ما هنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب والأم ، لأنهـــا عبارة عن مجاوزة في صلب أو رحم ، وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهـذه الكلمة بدون هذه الواسطة . وقال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذا ذكره مطلقاً ، قال هذا أخي ، وأما إذا ذكره مقيداً ، وقال هذا أخي لأبي ولأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشتركاً قد يراد بها الأخوة في الدين ، قال الله تعـــالى ﴿ إنما المؤمنون أخوة ﴾ ١٠ الحجرات ، وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة ، قال الله تعـالى

ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف ، وقد قيل هو بالإجماع لأن المشار اليــه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ، فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح . وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق . وقال الشافعي « رح » تعتق إذا نوى ، وكذا على هذا الخــلاف سائر الألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم « رح » .

﴿ وإلى عاد أخاهم هوداً ﴾ ٦٥ الأعراف ، وقد يراد بهــا الأخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة .

فان قيل البنوة أيضاً تختلف بين نسب ورضاع ، فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابنى . أجيب بأن البنوة من الرضاع مجاز ، والمجاز لا يعارض الحقيقة .

(ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف ، وقيل هو) أي عدم العتق (بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى) الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان ، وإذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى (فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم) أي المسمى معدوم (فلا) يعني لا يمكن تصحيح الكلام إيجاباً ، ولا إقرار في المعدوم ، فلا يمكن أن يجعل البنت مجازاً عن الابن بوجه ألا ترى أنه لا يعتق وإن كان احتمل أن يكون ابنه كان يولد مثله لمثله ، كذا ذكره في الاسرار (وقد حققناه في النكــاح) أي حققنا هذا الاصل في كتاب النكاح . في باب المهر عند قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخمر فاذا هو خمر ، فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة ، فيرجع له .

(وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري) أي أو قال لها تخمري (ونوى به العتق لم يعتق ، وقال الشافعي تعتق إذا نوى ، وكذا الخلاف في سائر الألفاظ الصريح والكناية) مثل قوله لأمته أنت مطلقة وطلقتك وتخمري وتقنعي واغربي وخلية وبرية وحرام وما أشبه ذلك (على ما قال مشايخهم) أي مشايخ الشافعية ، وإنمــا قال مشايخهم ، لأن

له أنه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة إذا كل واحد منهما ملك العين ، أما ملك اليمين فظاهر ، وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه ، والتأقيت مبطل له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ، ولهذا يصح التعليـــق فيه بالشرط ، أما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً ،

المنصوص عن الشافعي لفـــظ الطلاق فحسب وأصحابـــه قاسوا عليها سائر الفاظ الصريح والكناية .

(له) أي للشافعي (إنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة)وهماملك اليمين وملك النكاح (إذا كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر ، وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه ، والتأقيت مبطل له) أي النكاح وملـــك اليمين ، والتأقيت أي يجعل له وقت معين (وعمل اللفظين) جواب عمـــا يقال الإعتاق إثبات القوة ، ولهذا يثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض ، فأجاب بقوله وعمل اللفظين الطلاق والعتاق ، وهو مبتدأ وخبره هو قوله (إسقاط ما هو حقه وهو الملك) الضمير في قوله – هو – راجع في الوصفين إلى ماء الحاصل انه أي أن الإعتاق أيضاً إسقاط .

(ولهذا) أي ولأجل كون الإعتاق إسقاطاً (يصح التعليق فيه بالشرط) كما يصح في الطلاق (أما الأحكام) هذا جواب عما يقال للشافعي بأن قال يثبت الإعتاق الأحكام ، يعني الأهلية والولاية والشهادة ، والطلاق إسقاط ، فلا مناسبة بين الإسقاط والإثبات فلا يستعار الطلاق للعتاق ، لعدم المناسبـة ، فأجاب أن الأحكام وهي التي ذكرناها (تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً) لضمير في هو راجع إلى السبب ، وفي كونه راجع إلى العبد ، لأن الشهرة قائمة مقام الذكر .

والحاصل أن ثبوت الأحكام بالآدمية ، ولكن الرق كان مانعاً فبالإعتاق زال المانع . وجوابه لو كان ثبوت الأحكام بالآدمية وكونه مكلفاً لكانت القدرة موجودة للعبـــد ،

ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق ، فكذا عكسه، ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الإعتاق لغة إثبات للقوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يجيء فيقدر ولا كذلك المنكوحة ، فانها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع ، وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولاخفاء أن الاول أقوى ، ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى ،

واللازم منتف ، لأن الرق مناف للقدرة ، وصحة التعليق لا يرد ، لأن الإعتاق إسقاط على وجه يترتب عليه ثبوت هذه الأحكام ، فباعتبار الإسقاط صح التعليق .

(ولهذا) أي ولكون العتق يحتمل لفظ (يصلح لفظة العتق ، والتحرير كناية عن الطلاق) يعني إذا قال لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق صح مجازاً (فكذا عكسه) أي صلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق .

(ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه) لأنه لا مناسبة بينهما تجوز الإستعارة (لأن الإعتاق لغة إثبات للقوة) مأخوذ من قولهم عتق الطائر إذا قوي وطار عن وكره ، وفي الشرع أيضاً كذلك (والطلاق رفع القيد) من قولهم أطلقت البعير من القيد إذا حللته .

(وهذا) أشار به إلى إثبات القوة (لأن العبد ألحق بالجمادات) جمع جماد ، والجماد عبارة عما لا روح له (وبالإعتاق يجيء فيقدر) أي على التصرفات الشرعية في الأقوال والأفعال (ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة) ومالكة أمر نفسها (إلا أن قيد النكاح مانع) لأن ملك البضع عليها للزوج مانع (وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر أثره) ويحدث له القدرة (ولا خفاء أن الأول) أي الاعتاق (أقوى ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح) لأن ملك اليمين قد يلتزم ملك المتعة إذا صادف الجواري الخالية عما يمنع من الاستمتاع بهن ، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلاً (فكان إسقاطه أقوى) أي إسقاط ملك اليمين أقوى ، لأن كل ما هو أقوى فإسقاطه أقوى .

والّلفظ يصلح مجازاً عماهو دون حقيقته لا عما هو فوقه ، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وإن ساغ في عكسه ، وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية .

(واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه) وهذا لأن مثل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفاً مشتركاً بين ملزومين مختلفين في الحقيقة فهو في عهدهما أقوى منه في الآخر ، وأنت تريد إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فيدعى أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى ، ويطلق عليه اسم الأقوى ، كما إذا قال عبدك شجاع ، وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجرأة الأسد وقوته فيدعي الأسدية له بإطلاق إسم الأسد عليه ، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق إسم القوي على الضعيف دون العكس ، وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة لفظ الاعتاق للطلاق دون عكسه .

(فلهذا امتنع في المتنازع فيه) أي امتنع المجاز في قوله أنت طالق لأمته ونوى به العتق (وإن ساغ في عكسه) أي جاز في قوله أنت حرة لمنكوحته ، ونوى به الطلاق . وقال الأكمل الفرق بين المسألتين المذكورتين في الكتاب انه في الأولى منع المناسبة ، وإظهار السند بأن الاعتاق إثبات ، والطلاق رفع فأنى يتناسبان . وفي الثانية تسليم أن كلاً منهما إسقاط لكن الاعتاق أقوى وهو ينافي الاستعارة .

(وإن قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق ، لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية) فلا يعتق ، حاصله أن المثل للتشبيه والشبهة بين الشيئين لا يقتضي اشتراكهما في جميع الوجوه ، فلذلك لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، أو معنى المثل في اللغة النظير ، كذا في الجهرة [1] وفي التحفة ذكر في كتاب العتاق ثم

---

(١) ربما أراد الجوهرة ، اهـ مصححه .

ولو قال ما أنت إلا حر عتق ، لان الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد ، كما في كلمة الشهـــادة . ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ، ولو قال رأسك رأس حر عتق ، لانه إثبات الحرية فيه ، إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

قال وقد قالوا أنه إذا نوى العتق يعتق ، فإنه ذكر في كتاب الطلاق إذا قال لامرأتـــه أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته ونوى الايلاء يصدق ويصير مولياً .

(ولو قال ما أنت إلا حر عتق ، لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيـــد كما في كلمة الشهادة) فإن قوله لا إله نفي الألوهية عن غير الله ، وقوله إلا الله إثبات الألوهية لله ، وفيه إثبات الالوهية لله تعالى بآكد الوجوه ، لان الاثبات بعد النفي آكـد وأبلغ من الاثبات المجرد .

(ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق ، لانه تشبيه بحذف حرفه) أي حرف التشبيه ، وهو الكاف ، لان أصله رأسك كرأس حر ، فصار كقوله مثـل الحر (ولو قال رأسك رأس حر) بالتنوين في رأس (عتق لانه إثبات الحرية فيه ، إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن) وقد وصفها بالحرية ، ومن وصف عبده بالحرية ووصف ما يعبر به عن جميع البدن بالحرية عتق عليه ، وقال في كتاب عتاق الاصل إذا قال رأسك حر ، أو قدحر أو جسدك حر ، أو نفسك أو وجهك أو روحك أو كانت أمة ، فقال فرجك حر أو بطنـــك حر عتق في جميع ذلك .

وذكر في كتاب الاجناس عن الهاروني إذا قال رقبتك حر وبطنـــك حر عتق ، وإلا يدين في هذا كله . وإن قال لم أرد به العتق وفي نوادر المعلى لو قال جزء منك حر أو شيء منك عتق منهما شاء المولى في قول أبي حنيفة ،وفي عتاق الاصل لو قال يدك حر أو رجلك حر أو اصبع من أصابعك حر ، أو سن من أسنانك أو دمك أو قرنك أو بلغمك ، هذا كله باطل . وفي الهاروني أنفك أو صدرك حر أو بطنك حر أو ظهرك أو جنبك أو فخذك أو لسانك أو شعرك أو نفسك حر لا يعتق في شيء من هذه الوجوه نوى أو لم ينو . قال

النـــاطفي هذا كله على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ، وفي كتــاب الأم لو قال كبدك حر أو معدتك حر لا يعتق .

وفي نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوباً فقال هذه خياطة حر لا يعتق ، وفي الهاروني لو رآها تمشي فقال مولاهاهذه مشيةحر أو رآها تتكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق إلا أن يقول أردت العتق ، وهـذا قول أبي يوسف . وقال الحسن بن زياد في قول نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وفي نوادر ابن سماعة عند محمد لوقال جسدك حر ، أو صلبك حر ، وعلم أنه من سبي لا يعتق لان أصله حر فهو صادق فيه فلا يعتق ، و كذلك لو قال أبواك حران . وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال لامته فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ، وسعه فيما بينه وبين الله تعالى .

وفي نوادر ابن سماعة لو قال استك حر كان حراً ، وكذا لو قال ذكرك كان حر. وفي كتاب أصل الفقه لمحمد بن الحسن لو قال لعبده فرجك حر لا يعتق ، وفي الجارية تعتق . ولو قال هذا ابني من الزنا يعتق ولا يثبت نسبه . وفي المرغيناني لو قال له افعل فينفسك ما شئت فاعتق نفسه ، وفي المجلس عتق . ولو قال صم عني يوماً وأنت حر، أو قال صلي عني ركمتين وأنت حر عتق في الحال ، فعل ذلك أو لم يفعل . ولو قال حج عني حجـة وأنت حر لا يعتق حتى يحج عنه لأن النيابــة جائزة في الحج دون الصوم والصلاة ولو قال إن سقيت جاري فأنت حر فـــذهب به إلى الماء ولم يشرب عتق ، لان المراد بـــه عرض الماء عليه .

وفي المحيط قال رجل أنا مولى أبيك أعتق أبوك أبي فهو حر ، وكذا لو قال أنا مولى أبيك ولم يقل اعتقني فو حر ، لانه قد يكون مولاه من قبل جده فلم يكن إقرار بالرق، وإن زاد اعتقني فهو مملوك إذا جحد الوارث . وفي الذخيرة قال كل مملوك في هذا المسجد أو في بغداد حر وله عبيد في المسجد أو في بغداد لم يعتق ، إلا إن نوى عبده . وعن محمد عن أبي حنيفـــة لو قال عبيد أهل بغداد أحرار وهو من أهل بغداد عتق عبيده ، وعلى هذا لو قال كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر فدخل عبيده عتق وبه أخذ شداد،

وقال هشام لا يعتقوا ، قال الشهيد وهو المختار للفتوى . ولو قال ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبيده . وفي النسفي قال عبدي الذي هو قديم الصحبة قال محمد من صحبة ثلاث سنـــين عتق ، وهو قول أبي يوسف « رح » ، وقيـــل ستة أشهر ، وقيل سنة . وفي المحيط وهو المختار .

(فصل في الاعتاق الغير اختياري[1])

أي هذا فصل ، لما فرغ من بيان الإعتاق الإختياري شرع في بيان الإعتـــاق الذي يحصل من غير اختيار كما في شراء القريب وخروج عبـــد الحر الينا مسلمـــاً ، وولد أم الولد من مولاها .

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وبه قال أحمد ، وسواء كان المالك صغيراً أم كبيراً صحيح العقل أو مجنوناً . ويروى ذلك عن عمر وابن مسعود وجابر بن عبـد الله وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبي سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق ، وهو قول الظاهرية . قال مالك يعتق في قرابـــة الولاد والأخوات لا غير ، كذا قال الكاكي . وقال الأترازي وقال مالك وأصحـــاب الظاهـــر لم يعتقوا إلا بإعتاق المالك . قلت فيه نظر من وجهين ، احدهما : ذكر أصحاب الظاهر مع مالك ، وقد ذكرنا أنهم مع الجماعة المذكورين .

والثاني : أن هذا النقل من مالك خلاف ما وقع في المدونة لمالك حيث قال فيها قال مالك ولا يعتق على الرجل من أقاربه إذا ملكه إلا الولد ، ذكرهم وأنثـاهم ، وولد الولد وإن سفلوا وأبواه وأجداده وجداته من قبل الأب والأم وإن بعدوا ، وأخوتـــه لأبوين أو لأب أو لأم وهم أهل الفرائض في كتاب الله تعالى ولا يعتق غير هؤلاء من ذوي الأرحام

---

(١) هكذا بوب له الشارح ، وهو زيادة على المتن ، اهـ مصححه .

وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام ، وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منـــه فهو حر ، واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولداً كان أو غيره .

انتهى . وقال الأوزاعي يعتق كل ذي رحم محرم منه كان أو غير محرم ، واعتق ابن العم وابن الخال ويستسعيها .

(وهذا اللفظ) يعني قوله من ملك ذا رحم محرم اعتق عليـــه (مروي عن رسول الله ﷺ . وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر) هذا الحديث باللفظ الأول أخرجه النسائي في سننه عن حمزة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال رسول الله ﷺ من ملك ذا رحم محرم عتق عليه ، باللفظ الثـاني . أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتـادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ من ملك ذا رحم محرم فهو حر .

وأخرجه الحاكم في المستدرك من طريق أحمد بن حنبل عن حماد بن سلـــة عن عاصم الأحول عن قتـــادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً وسكت عنه . ثم أخرجه عن سمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ، والمحفوظ عن سمرة بن جنـدب ، انتهى . والكلام في هذين الحديثين كثير طوينا ذكره خوفاً من السآمة .

(واللفظ) أي لفظ الحديث بعمومه . ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية) أي مؤيـدة وهو بالياء آخر الحروف من التـأييد (ولداً كان أو غيره) أي غير الولاد بكسر الواو . وقال الأترازي وغيره منصوب على البدل من قوله كل قرابة . قلت بل هو منصوب بكان المقدرة ، تقديره أو كانت غير الولاد وولاد منصوب بكان الظاهر ، غير أنه تقدم عليه ، وتفسيره كل من لا يجوز نكاحه على التأبيد والإجلاء النسب ، سواء كانت القرابـة قريبة كقرابة الولاد ، أو متوسطة كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة ، بخلاف ما إذا كانت لعبيده كبني الأعمام ، فإن الحديث لا يتناولها لعدم المحرمية .

والشافعي « رح » يخالفنا في غيره . له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق والاستدلال ، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ، ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه ،

(والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد ، وقرابة الولاد هي القرابة بين الولد والوالدين . ومذهب الشافعي أنه لا يعتق في غير قرابة الولاد . وقال أبو محمد لا نعلم قول الشافعي من أحد قبله ، وليس له فيها أنيس (له) أي للشافعي (أن ثبوت الملك من غير مرضاة المالك) أي بغير رضاه ، وهو مصدر ميمي (ينفيه القياس أو لا يقتضيه) قال تاج الشريعة وفي قوله ينفيه القياس تعرض لنفي القياس إياه . وفي الثاني لا يتعرض لا بالنفي ولا بالإثبات (والأخوة وما يضاهيها) أي يشابهها من قرابة العمومة والخؤولة (نازلة عن قرابة الولاد) أي أدنى درجة من قرابة الولاد (فامتنع الإلحاق) أي إلحاق قرابة الأخوة بقرابة الولاد لعدم المساواه أو الاستدلال (أو امتنع) الاستدلال ، أي بدلالة النص ، إلا إذا كان الملحق به من وجه ، وها هنا ليس كذلك .

(ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ، ولم يمتنع فيه) أي في الولاد ، يعني إذا ملك المكاتب أباه أو ابنه فهو مكاتب ، بخلاف الأخ ، فانه لا يتكاتب .

(ولنا ما روينا) وهو قوله ﷺ من ملك ذا رحم محرم عتق عليه (ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه) لأن الشارع اعتبر المحرمية هي صفة للرحم ، والرحم عبارة عن القرابة ، والمحرم عبارة عن حرمة التناكح ، فالمحرم والرحم نحو إن ملك زوجة ابنه أو بنت عمه وهي أخته رضاعاً لا يعتق ، لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة بل بالمصاهرة أو بالرضاع ، ولا بد أن تكون المحرمية مؤثرة ، لأن الشارع اعتبر المحرمية هي صفة للرحم كما ذكرناه ، وكذا الرحم بلا محرم لا يعتق كبني الأعمام والأخوال ، لأن القرابة بعدت فلا تؤثر في حرمة التناكح ، فلم تعتق بالملك .

وهذا هو المؤثر في الاصل ، والولاد ملغى لانهـــا هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ، ولا فرق بينهما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة،

(وهذا هو المؤثر في الأصل) أي ملك القريب هو المؤثر في إيجاب العتق في الأصل ، يعني في قرابة الولاد (والولاد ملغى لأنها) تعليل بوصف غير مقدر فكان اشتغالاً بما لا يفيد ، لأنه تعليل بعلة قاصرة ، لأنها أي لأن القرابة المؤبدة في الحرمية (هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة) لا يقال هذا مذهبكم لأنه لا نفقة في غير الولد على مذهب الشافعي ، فكيف استدل بوجوب النفقة ، لأنا نقول وجوب النفقـــة ثبت بقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك ، فصار كأنه ثبت إجماعاً ، فلا يلتفت إلى إنكار الخصم (وحرم النكاح) وحرمة النكاح بالإجماع .

وقال الأكمل ولنا بحثاً ها هنا ، لكنه وهو قولهم هذه قرابة صبت على أدنى الذلين ، وهو ذل النكاح فلا يصان عن كلاهما أولى ، فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فلـــك مكابرة تستدعي تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعاً وإجمـــاعاً على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق بما يحسم مادة هذه المكابرة ، فإن رافع الأعلى دفع الأدنى لا محالة .

(ولافرق بينهما إن كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة) وهي صلة الرحم ، وكذا الفرق إذا كان المملوك مسلماً أو كافراً ، وقيـــد بقوله في دار الإسلام لأن الحربي إذا ملك قريبه لا يعتق عليه ، وبه صرح في فتاوى الولوالجي نص الحاكم في الكافي أن عتق الحربي في دار الحرب باطل ، وكذا تدبيره لم يذكر الخـــلاف ، فإن في المختلف الحربي إذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب وخلاه ، عتق عند أبي يوسف وولاءه له . وقالا لا ولاء له ، لأنه عتق بالتخلية لا بالإعتـــاق كالراغم ، ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخليـــة ، لأنـــه في دار الحرب ولا يجري عليه أحكام الإسلام . وفي الاستحسان يعتق تخلية ، لأنه لم ينقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهما ، وهو القيـــاس . وقال أبو يوسف له الولاء ، وهو الاستحسان . وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير .

والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه، لانه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والاقتراض عند القدرة، بخلاف الولاد ، لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع بيع المعتق تحقيقاً لمقصود العقد . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يكاتب على الاخ أيضاً، وهو قولهما ، فلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع ، لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة

(والمكاتب إذا اشترى أخاه) هذا جواب عن قوله ، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ، وتقديره لا نسلم أنه لا يكاتب عليه ، بل قد روي عن أبي حنيفة أنه مكاتب على الأخ أيضاً ، فالجواب بطريق التسليم ما قاله المصنف بقوله ، لأنه ليس له ملك تام بقدره على ما يجيء الآن (أو من يجري مجراه) أي أو اشترى من يجري مجرى الأخ كالعم والخال (لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره) من الإقرار (على الأعتاق) لأنه عبد ما بقي عليه درهم (والاقتراض عند القدرة) وهي عبارة عن صفة يتمكن بها الحر من فعل وقول بخلاف الولاء ، هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما أعتق عليه قرابة الولاد .

أجاب بقوله (بخلاف الولاد ، لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة) لأن عتق نفسه لما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق ، فكذلك رق الوالد الولد ، فاذا كان العتق من عقد مقاصد الكتابة (فامتنع بيع المعتق تحقيقاً لمقصود العقد) لأن المقصود العقد ، أما حرمة الأخ فليست من الكتابة لعدم لحوق العار برقة لحوقه برق أبيه أو ابنه .

(وعن أبي حنيفة أنه يكاتب على الأخ أيضاً ، وهو قولهما) أي قول أبي يوسف ومحمد ، وسيجيء بيان هذا مستوفى في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى (فلنا أنه يمنع، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع) هذا جواب نقض إجمالي ، أي لا يعتق عليه ، تقديره هو قوله (لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة) يعني أراد بالمحرمية

والصبي جعل أهلاً لهذا العتق، وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك ، لانه تعلق به حق العبد ، فشابه النفقة . ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ، ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة ، فلا يختل بعدمه في اللفظين الآخرين ،

بحرمته أثرت فيها القرابة ، وهذه ليست كذلك ، لأن الرضاع هو المؤثر والمحرميـــة من الرضاع ليست بمراده من الحديث بالإجماع ، لأنه لا قابل بعتقها أصلاً .

(والصبي جعل أهلاً لهذا العتق) أي عتق ذوي الرحم المحرم (وكذا المجنون) أي كذا المجنون أهل لهذا العتق (حتى عتق القريب عليهما عند الملك) أي عند ملكهما إياه ، بأن دخل قريبتها في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما (لأنه تعلق به) أي بهذا العتق (حق العبد) وهو العلة ، وقد وجدت (فشابه النفقة) وهي تجب عليهمـــا بالقرب ، فكذا يعتق قريبهما المحرم بالملك . وقال في المبسوط العلة تمت في حقـــه ، وهو الملك مع القرابة ، فان الصغير يملك حقيقة ، ولهذا يحرم عليه أخذ الصدقة .

(ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) وعند الظاهرية لا يعتق في الأخوين [1] (لوجود ركن الإعتاق) وهو لفظ الإعتاق (من الأهل) وهو العـــاقل البالغ المالك (في محله) وهو العبد المملوك المعتق ، وأراد بوجه الله تعالى مجـــازاً وهو يجيء في اللغة على معان وجه الانسان وغيره معروف ، ووجه النهار أوله ، ووجه الكلام السبيل الذي يقصده به .ووجوه الناس سادتهم ،وصرفت الشيء من وجه ، أي عن سببه ووصفه (ووصف القربة في اللفظ الأول) وهو قوله لوجه الله زيادة للتأكيد وذكر الله ليس بشرط (فلا يختل العتق بعدمه) أي بعدم ذكر الله تعـالى (في اللفظـين الأخيرين) وهو قوله أعتقت للشيطان ، وقوله أعتقت للصنم ، لكنه يكون عاصياً .

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل . اهـ مصححه .

وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق ، وقد بيناه من قبل . وإن أضاف العتق الى ملك أو شرط صح ، كما في الطلاق ، أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي « رح » ، وقد بيناه في كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلانه إسقاط فيجري فيه التعليق بالشرط

غاية ما في الباب أنه نفى القربة ، وفي نفيها لا ينافي الحرية ، كما إذا أعتقه على مال ، وقال الكلبي في كتاب الأصنام إذا كان معمولاً من خشب أو ذهب أو فضة صورة إنسان فهو صنم ، وإن كان معمولاً من حجارة فهو وثن .

(وعتق المكره والسكران واقع لوجود الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق) وقد فسرنا هذا الآن (وقد بيناه من قبل) أراد أنه بينه في الفصل الثاني من كتاب الطلاق ، وفي السكران اتفاق الأئمة الأربعة على المختار عندهم ، وفي المكره بخلاف الشافعي ومالك وأحمد ، ومن الكلام فيه هناك .

(وإذا أضاف العتاق إلى ملك) بأن قال إن ملكتك فأنت حر (أو إلى شرط) أي أو أضافه إلى شرط بأن قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر (صح) أي وقع (كما في الطلاق) بأن قال إن تزوجتك فأنت طالق ، أو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق .

(أما الاضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي ، وقد بيناه في كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط) أي إسقاط قصد إذ إثبات ضمناً لئلا يلزم المناقضة بين هذا وبين ما قاله أولاً ، وهو أن الاعتاق لغة إثبات القوة (فيجري فيه التعليق بالشرط) أي في الاسقاط ، ولا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي ، إنما الخلاف بوجه آخر ، وهو أن بقاء الملك يشترط عند التعليق وعند وجود الشرط ، وزواله فيما بين ذلك لا يبطله ، وعنده يبطله لانعقاد التعليق سبباً عنده ، وعندنا ينعقد سبباً عند وجود الشرط .

بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه ، وإذا خرج عبد الحربي الينا مسلماً عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ، ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء ، وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها ،

(بخلاف التمليكات) حيث لا يجري فيها التعليق لإفضائه إلى معنى القمار ، لأن في جعله متعلقاً بشرط لا يدري أن يكون أم لا يكون خطراً وخيار الشرط في البيع ثبت ايضاً ، بخلاف القياس فلا يرد نقضاً (على ما عرف في موضعه) أي في أصول الفقه .

(وإذا خرج عبد الحربي الينا مسلماً عتق لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (في عبيد الطائف حين خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله) هذا الحديث أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكرة أنه خرج إلى رسول الله ﷺ وهو يحاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبداً فأعتقهم رسول الله ﷺ فهم الذين يقال لهم العتقاء . وأخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن ابن إسحاق عن إبان بن صالح عن منصور بن المعمر عن ربعي بن خراش عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال خرج إلي رسول الله ﷺ يوم الحديبية .. الحديث ، وفي آخرهم عتقاء الله سبحانه . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح غريب. قوله عبدان بكسر العين، وإن يكون الباء الموحدة جمع عبد .

(ولأنه) أي ولأن هذا العبد الذى خرج أحرز نفسه وهو مسلم ، يعني أحرز نفسه بالإسلام والاسترقاق على المسلم ابتداء قيد به احترازاً عن الاسترقاق بقاء ، لأنه وذلك بأن يسلم بعد الأسر والسير ، لأن الرق حينئذ جعل من الأمور الحكمية لا الجزئيـة فبقي الرق كا تبقى سائر الأملاك بعد وجود أسبابها . وبقولنا قال الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم . وقال الأوزاعي لو جاء سيده مثلاً يرد عليه ، وعند الظـاهرية يعتق بالإسلام من غير خروج .

(وإن أعتق حاملا أعتق حملها تبعاً لها ، إذ هو متصل بها) لأنه كسائر أجزائهـا ،

ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها ، لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصود العدم الإضافة اليها ، ولا اليه تبعاً لما فيـــه من قلب الموضوع ، ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته ، لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا ، ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعـــدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه

بدليل أنه لا يصح إفراده بالبيع كما لا يصح إفراد سائر أعضائهـــا (ولو أعتق الحـــل خاصة عتق) أي الحمـــل (دونها) أي دون الحـــامل (لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصود العـــدم الإضافة) أى لعدم إضافة الإعتاق (اليها ولا اليه تبعـــاً) أي ولا وجه إلى إعتاق الجارية تبعاً (لما فيه من قلب الموضوع) لأنـــه يكون التبع متبوعاً ، والمتبوع تابعاً وهو فاسد .

(ثم إعتاق الحمل صحيح) أي بدون الأم عند الجمهور ، إلا عند الظاهرية (ولا يصح بيعه وهبته ، لأن التسليم نفسه) بنصب نفسه ، لأنه تأكيد للمنصوب (شرط في الهبـة والقدرة عليه) أي على التسليم شرط (في البيع ولم يوجد ذلك)أي القدرةعايه (بالإضافة) إلى الجنين ، أي بالنسبة اليه (وشيء من ذلك) أى من القدره والتسليم (ليس بشرط في الإعتاق فافترقا) أي افترقا جواز إعتاق الحمل وعدم جواز بيعه وهبته . ولو قال أعتقها إلا حملها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاءوابن سيرين يصح استثناؤه من العتق ، وهو مروي عن ابن عمر وأبي هريرة ، فإنهم يجوزونعتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح ، وتكون أمه حرة تبعاً له .

(ولو أعتق الحمل على مال صح ، ولا يجب المال ، إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم) أي ولا وجه إلى إلزامه للأم (لأنه) أي لأن الجنين

في حق العتق نفس على حدة ، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع ، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه ، لأنه أدنى مدة الحمل .

(في حق العتق نفس على حدة ، واشتراط بدل العتق على غير المعتق) بفتح التاء (لايجوز) قيل عليه سلمنا ذلك ، لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول ، وهو أن يكون عاقلاً يعقل العقد ، كما مر في خلع الصغيرة ، حيث قال فيه وإن شرط الألف عليها متوقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، وإن كانت عاقلة تعقل العقد .

وأجيب بأن ذلك في صريح الشرط ، وأما ها هنا فالمسألة مذكورة بكلمة على، فكان المال ها هنا وصفاً للاعتاق ، ولا يلزم بطلان الأصل بطلان الوصف ، فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة ، وفيه نظر ، لأنه يقتضي أنه ذكر بكلمة الشرط توقف ، ولا بد فيه من رواية ، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح ، لأنه قال فيه وإن شرط عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فالتوقف فيه مشروط بكونهامن أهل القبول، والحمل ليس منه ، والأولى أن يقال لما كان علم المعتق عدم كون الحمل أهلاً للخطاب ، وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصداً للاعتاق بلا ال [1] أو يحمل على ذلك صوناً لكلامه عن الإلغاء .

(على ما مر في الخلع) قال السغناقي هذا حوالة غير رائجة ، ثم يحتمل أن يكون مراده أي في مسألة خلع الجامع الصغير . قلت نفس الأمر يستبعد هذا . وقال الأترازي ويجوز أن يكون ذلك إشارة إلى ما ذكره في خلع كفاية المنتهى ، لأنه قبل هذا الكتاب .

(وإنما يعرف قيام الحمل) بالميم . وفي بعض النسخ الحبل بالباء (وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه) أي من وقت العتق (لأنه أدنى مدة الحمل) هذا متصل بقوله وإن أعتق جارية عتق حملها ، ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها ، يعني إنما يعتق الحمل

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

قال وولد الامة من مولاها حر ، لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه، هذا هو الاصل ، ولا معارض له فيه ، لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة ولاستهلاك مائه بمائها،

إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الاعتاق ، وإن جاءت به لستة أشهر فلا ، نص عليه الحاكم في الكافي ، قال وإن قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك بستة أشهر لم يعتق ، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر عتق . وفي التحفة فإن كانت الأمة في عدة من زوج عتق الولد إذا ولدته ما بينها وبين سنتين منذ وجبت العدة ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ قال المولى قال الحاكم في الكافي ، وإن ولدت واحداً لأقل من ستة أشهر بيوم وواحد لأكثر منها بيوم .

(قال) أي القدوري (وولد الأمة من مولاها حر ، لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه) بإجماع الأئمة (وهذا هو الأصل) أي الولد من ماء صاحب الماء (ولا معارض له فيه) أي في الولد (لأن ولد الأمة لمولاها) لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه ، لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له (وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة) لأن حق الحضانة للأم لا للأب غير مرجح جانبها بها ، إذ (ولاستهلاك مائه بمائها) أي أولترجح باستهلاك ماء زوجها بمائها ، لكون مائها في موضعه .

والحاصل أن جانب الأم يترجح بأمور منها الحضانة . قيل فيه نظر ، لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة ، فلا يجوز أن يكون مرجحاً لما هو قبلها ومعنا [1] استهلاك مائه بمائها ، منها الولد ما دام جنباً فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حسناً وشرعاً ، أما حسناً فإنه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها شرعاً ، فلأنه يعتق بعتقها قيل فيه نظر ، لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه ، ومنها أنه يتيقن كونه مخلوقاً من مائها ، بخلاف الزوج ، فكان الفراش من جانبها حقيقة وحكماً ، ومن جانبه حكما فقط .

---

(١) هكذا الجملة بالأصل . اهـ مصححه .

والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور ؛ لان الوالد ما رضي به ، وولد الحرة حر على كل حال ، لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية

(والمنافاة متحققة) أي بين ماء الرجل وماء المرأة . والمنافاة أي لا يجمع الأمران في محل واحد في زمان واحد من جهة واحدة كالمتضادين ، وهذا كأنه جواب سؤال مقدر تقدير السؤال أن يقال كيف يكون الرجل مستهلكاً لماء المرأة ، وهي من جنس واحد، ولا منافاة بينهما ، والجنس لا يغلب الجنس ، وتقدير ما قاله من قوله — والمنافاة متحققة بينهما — لأنه طبع ماء الرجل حار ، وطبع ماء المرأة بارد ، وبينهما منافاة لا محالة ، وماء المرأة في مستقره يزداد قوة ، وماء الرجل في غير مستقره ، فيكون مغلوباً بمائها .

وقال الأكمل والمنافاة متحققة ، جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض ، وتقريره التعارض موجود ، لأن المنافاة متحققة ، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكاً لسيدها ، وإن اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكاً لسيدها فتثبت المنافاة ، بخلاف الولد من الموالي فإنه للمولى ، أي جانب اعتبر .

(والزوج قد رضي به) أي برق الولد ، هذا جواب عما يقال إذا اعتبر جانب المرأة حتى يكون الولد مملوكاً لمولاها لضرر الأب ، والضرر مدفوع شرعاً . وتقرير الجواب أن الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الأمة ، فإن الولد يرق به ، وفيه نظر لأن العلم يكون الولد رقيقاً بتزوج الامة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع ، وكلامنا في شرعيته .

(بخلاف ولد المغرور ، لان الوالد ما رضي به) أي لان المغرور لما تزوج الامة بلا علم لم يرض بإسقاط نفقته ، فصار ولده حراً بالقيمة نظراً للجانبين (وولد الحرة حر على كل حال) أي سواء كان زوجها حراً أو عبداً (لان جانبها راجح فيتبعها) أي فيتبعها الولد (وصف الحرية) يعني يكون حراً (كما يتبعها في المملوكية) فيكون مملوكاً ، وهذا لرجحان جانبها بسبب الحرية فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق (والمرقوقية) عطف

على ما قبله أي يتبعها في المرقوقية أيضاً (وأمية الولد) يعني إذا زوج المولى أم ولده من رجل يكون الولد في حكم أمه (والتدبير) يعني إذا زوج مدبرته من رجل يكون الولد في حكم أمه (والكتابـــة) يعني إذا كاتب المولى أمته ثم ولدت دخل الولد في كتابـــة الام تبعـاً .

وقال الكاكي أورد هذين الفصلين ، يعني المملوكية والمرقوقية لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان ، فان في المدبرة وأم الولد الملك كامل والرق ناقص ، وفي المكاتبة على عكسه ، أو لان المملوكية عام فيكون في بني آدم وغيرهم ، والمرقوقية خاصة في بني آدم فتعين أن الولد يتبع الام في العام والخاص ، ولهذا أن البقر الوحشي والحمر الانسية والظباء لا يجوز في الاضحية ، ولو كان الولد بين الوحشي والانسي وكانت الام وحشية لا يجوز ، وإن كانت أهلية يجوز لما أن الولد تابع للأم فيها ، كذا في فتاوى الولوالجي ، انتهى .

وقال الاترازي قال بعضهم في شرحه إنما ذكر هذين اللفظين لتغايرهما إلى آخر ماذكره وفيه نظر ، لان الرق لا يحتمل التجزؤ ، وبه صرح أصحابنا في أصول الفقه ، وما لايحتمل التجزؤ كيف يقبل النقصان ، انتهى . وقال الكاكي ثم الولد يتبع الام في الرق والحرية وأمومية الولد والكتابة وفي التدبير . وفي المنهاج إن ولدت المدبرة من نكاح أو زنا لا يصير ولدها مدبراً على المذهب ، وإن دبر الحامل صار مدبراً على المذهب . وعن أحمـد وجابر بن زيد وعطاء لا يتبعها ولدها في التدبير حتى لا يعتق بموت سيدها ، والله أعلم .

* * *

باب العبد يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة « رح ». وقالا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجـــزأ وهو قول الشافعي « رح »

(باب العبد يعتق بعضه)

أي هذا باب العبد، بإضافة الباب إلى العبد، أي هذا باب في بيان حكم العبد حال كونه يعتق بعضه ويعتق على صيغة المجهول محله النصب على الحال، ويجوز قطع البـــاب عن الإضافة، ويكون قوله العبد مبتدأ ويعتق بعضه خبر له في محل الرفع. ولما فرغ من بيان إعتاق الكل شرع في بيان إعتاق البعض، وأخر هذا عن ذاك لأن ذاك متفق عليـــه، وهذا مختلف فيـــه، والأصل عدم الإختــلاف، أو لأن الأول كثير الوقوع، فاستحق التقديم.

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر) وفي المنافع أي زال ملكه عن ذلك البعض، ولم يرد به حقيقة العتق عند أبي حنيفة، وإنما أراد به ثبوت أثره، وهو زوال الملك (ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وهو قول الحسن البصري، ويروى عن علي رضي الله عنه (وقالا يعتق كله،وأصله) أي أصل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه (أن الإعتاق يتجزأ عنده) أي عند أبي حنيفـــة (فيقتصر على ما أعتق) أي يقتصر إعتاقه على ما قدر إعتاقه.

(وعندهما لا يتجزأ، وهو قول الشافعي) فيما إذا كان المالك واحداً أو كان المعتق موسراً، فعند ذلك قوله كقولهما، أما لو كان المعتق موسراً يبقى ملـك السـاكت كما كان

فإضافته إلى البعض، كإضافته إلى الكل، فلهذا يعتق كلــــه. لهم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن، فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد. ولابي حنيفة «رح» أن الإعتــــاق إثبات العتق بإزالة الملك او هو إزالة الملك، لان الملك حقـــه، والرق حـــق الشرع

حق يجوز له بيعه وهبته، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد. وبقولهما قال قتادة والثوري والشعبي، وروي عن عمر رضي الله تعالى عنه (فإضافته) أي إضافة الإعتاق (إلى البعض) أي إلى بعض العبد (كإضافته إلى الكل، فلهذا يعتق كله) أي كل العبـد، والمراد من تجزيء الإعتاق والملك أن يتجزأ المحل في قبول حكم الإعتاق، وهو زوال الملك بأن يزول في البعض دون البعض، وأن يتجزأ المحل في قبول حكم الملك، وهو أن البعض مملوكاً لواحد، والبعض الآخر، وليس معناه أن ذات الإعتاق أو ذات الملــــك يتجزأ، لأنه معنى واحد لا تقبل التجزى.

(لهم) أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي (أن الإعتاق إثبـات العتق وهو) أي العتق (قوة حكمية، وإثباتها إزالة ضدها، وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهمــا) أي العتق والرق (لا يتجزآن) فلا يتجزأ الإعتاق أيضاً (فصار) أي الإعتاق (كالطلاق) فإنه لا يتجزأ (والعفو عن القصاص) كذلك لا يتجزأ (والاستيلاد) أي وكالاستيـلاد فإنه لا يتجزأ، حتى لو استولد الأمة المشتركة تصير كلها أم ولد له.

(ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك) كما قالوا (وهو) أي الإعتاق إزالة الملك كما قال أبو حنيفة، يعني إزالة ملــك متجزأ مفض لزوال كله إلى العتق، والحصر ظاهر، لأنهم لما اختلفوا في هذين العينين كان إجماعاً منهم أن غير ذلك ليس بمراد، وإنما قال أبو حنيفة أنه إزالة ملك، لأن الملك حقه والرق حق الشرع، لأن الله عزوجل أجرى عليه الرق جزاء الكفر، حيث استنكف أن يكون عبد الله تعالى، فجعله الله عبد

أو هو حق العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره ، والاصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضروره عدم التجزؤ ، والملك متجزىء كما في البيع والهبة ، فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد ويستسعى بمنزلة المكاتب عنده

عبده (أو هو حق العامة) أي أو الرق حق العامة ليكون نعوته للمتكلفين على إقامة التكليف ، يعني القائمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الأموال ، فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا إلى الإنتفاع به .

(وحكم التصرف ما يدخل) أي الذي يدخل (تحت ولاية التصرف وهو) أي الذي يدخل تحت ولاية (إزالة حقه لا حق غيره) لأنه ليس له ولاية في التصرف في حق غيره (والأصل) في حكم التصرف (أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة) أي موضع يضاف اليه التصرف فيه (والتعدي إلى ما وراءه) أي وراء موضع الإضافة (ضرورة عدم التجزؤ) أي لأجل عدم التجزؤ (والملك متجزىء) فزال ملكه عن البعض الذي أعتقه (كما في البيع) إذا باع نصيبه من العبد المشترك يزول ملكه عن البعض الذي باعه (والهبة) كما إذا وهب نصيبه من العبد المشترك لشريكه يزول ملكه عن البعض (فبقي على الأصل) وهو أن يقتصر التصرف على موضع الإضافة .

(وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد) معنى ما يتجزأ بالإعتاق بإزالة بعض الملك متجزأ جنس مالية البعض عن العبد ، فتجب عليه السعاية . والاستسعاء أن يؤجر ويأخذ قيمة نصفه من الأجرة ، ويعتبر قيمته في الحال (ويستسعى) بفتح العين (بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة ، وقيل قوله بمنزلة المكاتب غير جيد ، لأن ذلك للمولى ثابت في المكاتب وهو عبد ما بقي عليه درهم ، ومعتق البعض زال ملكه عن البعض ، فليس هو نظير المكاتب ، بل الجيد أن يقال سقط ملكه واستحق الحرية بغير

لان الإضافـــة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقـــاء الملك في بعضه يمنعـــه ، فعملنا بالدليلـــين بإنزاله مكاتباً ، أذ هو مالك يداً لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة ، فله أن يستسعيـــه ، وله خيـــار بأن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير أنـــه

عوض . وأجيب بأن مرادهم بقوله بمنزلة المكاتب أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ، ويخرج إلى العتق بالسعاية ، والمكاتب يخرج اليه بأداء البدل .

(لأن الإضافة) أي إضافة الإعتاق (إلى البعض توجب ثبوت المالكية للعبدفي كله) باعتبار العتق (وبقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية باعتبار الرق في الكـــل باعتبار العتق (فعملنا بالدليلين) لنا أن زوال الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية في الكل باعتبار العتق ، لأنه لا يتجزأ ، وبقاء الملك في النصف يوجب ثبوت المالكيةباعتبار الرق ، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية [1] في الكل ، وما يوجب بقاءالملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بأن يجعل مكاتباً وهو قوله (بإنزاله مكاتباً ، إذ هو) أي المكاتب (مالك يداً لا رقبة) يعني مملوك رقبة كالمستسعى ، ويجوز أن يكون المعنى هو معتق البعض مالك يداً لأجل السعاية ، مملوك رقبة كالمكاتب. ويجوزأن يكونمعناه إضافة العتق إلى البعض يوجب ثبوت المالكية في الكل كما هو قولهما ، وبقاء الملـــك في البعض يمنعـــه ، كما هو قول أبي حنيفـــة ، فقلنا إنه حر يداً مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين .

وإذا كان المستسعي كالمكاتب (والسعاية) يكون (كبدل الكتابة فله) أي للمولى (أن يستسعيه وله خيارهأن يعتقه ، لأن المكاتب قابل للاعتاق غير أنه) هذا جواب عما يقال لو كان بمنزلة المكاتب لكان رقيقاً إذا عجز . أجاب بقوله غير أنـــه أي المستسعي

---

(١) في الأصل يبوت المكية ، والصحيح ما أثبتناه .

إذا عجز لا يرد إلى الرق، لانه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة المقصودة ، لانه عقد يقال ويفسخ . وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم والاستيلاد متجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

(إذا عجز لا يرد إلى الرق ، لأنه إسقاط لا إلى أحد) والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة ، لأنها إنما يتحقق بين اثنين ، وإذا لم تتحقق بين فيه المعاوضة (فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة) فإنه إسقاط من المولى إلى المكاتب إفراداً على تحصيل بدل الكتابة ، فكان فيها معنى المعاوضة .

(لأنه عقد يقال ويفسخ) كلاهما على صيغة المجهول من الإقالة والفسخ. وفي بعض النسخ لأنه إسقاط إلى الأجل ، يعني بخلاف المقصود ، فإن الإسقاط فيها إلى أجل ، وهو وقت أداء بدل الكتابة (وليس في الطلاق والعفو) جواب عن قولهم ، وصار كالطلاق والعفو (عن القصاص) وتقرير الجواب أنه إنما يثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين لوجود (حالة متوسطة) بين الحرية والرق ، وهي الكتابة يصار اليها ، وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة (فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم) على المبيح.

(والاستيلاد متجزىء عنده) أي عند أبي حنيفة . وهذا جواب عن قولهم — والاستيلاد — وتقريره أن الاستيلاد يتجزأ عند أبي حنيفة (حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) أي على نصيب المستولدة ، يعني إنما ولدت الأمة المدبرة بين رجلين ولد فادعاه أحدهما تصير نصف الجارية أم ولد ، ونصفها مدبرة لشريكه ، على أنها لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ، ونصف الآخر من الجملة وولاء الولد بينهما . وفي رواية كتاب الولاء نصف الولد الثاني ، وليس للولد عليه ولاء ، وعليه نصف قيمة المدبر مدبراً يوم ولد ، لأن الولد في الظاهر منها ، وقد أتلف ، كذا ذكره شمس الأئمة البيهقي في الشامل في قسم السقوط .

وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالاستيلاد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد ، وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق ، فإن كان موسراً فشريكه بالخيار إن شاء عتق ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد ،

(وفي القنة) جواب عما يقال لو كان الاستيلاد متجزئاً لاطرد في القنة ، تقدير الجواب إنما لم يتجزأ في القنة لأن المستولد (لما ضمن نصيب صاحبه بالاستيلاد ملكه بالضمان ، فكمل الاستيلاد) أي كمل استيلاد القنة بالضمان فصار كأنه استولد جارية نفسه ، لأن الاستيلاد عنده غير متجزىء .

(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أي عتق نصيبه عتق ، وإنما قال عتق وإن كان العتق لا يتجزأ بالاتفاق لما أنه أراد زوال ملكه في نصيبه قاله الأترازي . وقال الكاكي عتق أي استحق العتق لزوال ملك المعتق وملك الشريك أيضاً مع بقاء الرق في كل العبد عند أبي حنيفة لا يثبت شيء من المعتق به (فإن كان)أي المعتق (موسراً فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد) ذكر المصنف ثلاث خيارات كما ذكر في المبسوط . وفي التحفة له خمس خيارات إن كان موسراً إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن ، وإن شاء كاتب ، وإن شاء دبر ، فاذا دبر يصير نصيبه مدبراً ويجب عليه السعاية للحال فيعتق ، ولا يجوز لأن يؤخر عتقه إلى ما بعد الموت ، وفي هذه المسألة أقوال :

أحدها : ما ذكره أبو حنيفة .

والثاني : قولهما .

والثالث : قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه لا يعتق شيء منه كان باذن شريكه أو بغير أذنه .

والرابع : قول عثمان البتي أنه يعتق نصيب من أعتق ، ويبقى نصيب من لم يعتق على حاله ، ولا ضمان على المعتق ، وهو مروي عن عمر ، رواه ابن أبي شيبة .

والخامس : قول الثوري والليث شريكه بالخيار ، وإن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن ، ولم يذكر السعاية .

والسادس : قول زفر وبشر أن له التعيين ، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً .

والسابع : يعتق الباقي من مال المسلمين ، وهو قول ابن سيرين .

والثامن : قول مالك يقوم عليه نصيب شريكه وضمنها له ، ويعتق كله بعد التقويم لأجله ، وأن شريكه أعتق نصيبه ليس له أن يمسكه رقيقاً ، ولا أن يكاتبه ، ولا أن يدبره ، ولا أن يبيعه ، وإن غفل عن التقويم حتى مات المعتق أو العبد بطل ، وماله كله لمن يمسكه بالرق ، وإن كان المعتق معسراً فالباقي رقيق يتبعه الساكت أو يكاتبه أو يدبره أو يمسكه رقيقاً سواء السير بعد إعتاقه أم لا ، قيل لا يعلم لأحد قبله من السلف .

التاسع : أحد أقوال الشافعي وهو أن المعتق إن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وهو حر كله حين أعتقه مولاه ، وإن كان موسراً أعتق ما أعتق ، وبقي الباقي مملوكاً يتصرف مالكه كيف شاء .

العاشر : قول أبي حنيفة في الولاء أنه مشترك بين المعتق والمستسعى ، وهو قول الحسن البصري وحماد بن أبي سليمان والثوري ، وعندهما للمعتق دون المستسعى ، وهو قول ابراهيم النخعي وعامر الشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى .

الحادي عشر : لو كان المعتق موسراً له عتق نصيبه متجزئاً أو مضافاً عند أبي حنيفة وعند مالك يعتقه حالاً لا إلى أجل .

والثاني عشر : قول مالك إن كان المعتق موسراً لا يعتق نصيبه حتى يؤدي قيمة نصيب شريكه ، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يعتق في الحال .

والثالث عشر : أحد أقوال الشافعي أن الحال موقوفة ، فإذا أدى تبين أنه أعتق كله .

فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتـــق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن كان المعتـــق معسراً فالشريك بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، والولاء بينهما في الوجهين ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ، ولا يرجع المعتق على العبـــد والولاء للمعتق،وهذه المسألة

الرابع عشر : أن العتق يسري بالإرث عندنا بلا ضمان ، وعنـــد الشافعي وبعض المالكية لا يسري ولا يضمن .

الخامس عشر : لو كان المشترك رهنا يسري عندنا ، وبين الشافعية خلاف فيها .

السادس عشر : لو وصى بعتق نصيبه يسري عندنا وعند الشافعي خلاف فيها .

(فإن ضمن) أي الشريك إن ضمن العتق بكسر التاء (رجع المعتق) بكسر التـاء (على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق) أي الشريك (أو استسعى) العبـــ (فالولاء بينهما) أي بين الشريكين .

(وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، والولاء بينهما في الوجهين) أي في صورة الإعتاق وصورة السعاية (وهذا) أي المذكور (قول أبي حنيفة وقالا) أي أبي يوسف ومحمد (ليس له) أي للشريك الساكت (إلا الضمان مع اليسار) أي مع يسار العتق (والسعاية) أي ليس له إلا السعاية (مع الإعسار) أي مع إعسار الشريك (ولا يرجع المعتق على العبد) أي لا يرجع بما ضمن ، لأن العبد لا يجب عليه السعاية عندهما في اليسار ، وعند أبي حنيفة يرجع عليه ، لأنه بأداء الضمان،قام مقام الساكت ، فكأن الساكت أخذ العوض منه بالاستسعاء، فكذلك كان للمعتق الرجوع عليه بما أدى (والولاء للمعتق) بكسر التاء .

(وهذه المسألة) المذكورة ، أي رجوع المعتق على العبد ، وعدم الرجوع عند أداء

تبتني على حرفين . أحدهما تجزيء الاعتاق وعدمه على ما بيناه .
والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده ، وعندهما يمنع
لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل الذي يعتق نصيبه إن كان غنياً
ضمن ، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر قسم ، والقسمة تنافي
الشركة ، وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه،

الضمان (يبتني على حرفين) أي أصلين دقيقين (أحدهما) أي أحد الحرفين (تجزيء الإعتاق وعدمه) أي وعدم التجزيء (على ما بيناه) أي عند قوله في أول الباب ، وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده إلى آخره .

(والثاني) أي الحرف الثاني (أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده) أي عند أبي حنيفة (وعندهما يمنع) السعاية ، وبين وجه الحرف الأول ، وشرع هنا في بيان الحرف الثاني بقوله :

(لهما في الثاني) أي لأبي يوسف ومحمد في وجه الحرف الثاني (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في الرجل الذي يعتق نصيبه إن كان غنياً ضمن ، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن سعيد بن عروة عن قتادة عن بشر ابن هنيك عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، قال قال رسول الله ﷺ من أعتق سقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال يستسعى العبد غير مشقوق عليه .

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ (قسم الأمرين) أعني خلاص العبد وسعايته بين الحالين أعني يسار المعتق وإعساره (والقسمة تنافي الشركة) فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق (وله) أي ولأبي حنيفة (أنه احتبست مالية نصيبه) بفتح التاء والباء على بناء الفاعل . قال السغناقي هكذا كان مقيداً بخط شيخي ، وقوله مالية نصيبه بالرفع فاعل احتبسب (عند العبد فله أن يضمنه) أي يضمن العبد حاصل المعنى أن مالية

كما إذا هبت الريح بثوب إنسان والقته في صبغ غيره ، حتى انصبغ به ، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا. فكذا ها هنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير ، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر

نصيب الشريك الساكت احتسب عند العبد ، فكان للساكت أن يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده ، إلا أن العبد فقير لم يمكن القول بتضمنه ، فوجب الاستسعاء .

(كما إذا هبت الريح بثوب إنسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به ، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا) يريد به قوله وله أنه احتسب مالية نصيبه (فكذا ها هنا) أي فكما انتفع رب الثوب بالصبغ ، فكذا هنا ينتفع العبد بالعتق (إلا أن العبد فقير فيستسعيه فيه) أي فيستسعيه الشريك فيما يخصه ، قيل عليه إذا سعى فالقياس أن يرجع على المعتق ، لأنه هو الذي ورطه فصار كالعبد المرهون، فإنه يرجع على الراهن بما سعى .

وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فلذلك يمنعه العبد،والعبد إنما سعى في بدل رقبته وماليته ، وقد سلم له ذلك فلا يراجع به على أحد، بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ، ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته ثبت له الرجوع عليه كما في مقر الرهن.

فان قيل ما ذكر من وجه أبي حنيفة في مقابلة النص وهو باطل . أجيب بأن النبي ﷺ قسم على وجه الشرط لأنه عليه السلام علق الاستسعاء بفقر المعتق ، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه ، لأن المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ، ولا يقتضي العدم عند العدم جاز أن يثبت السعاية عند وجود الدليل ، وان كان موسراً وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة .

(ثم المعتبر يسار التيسير) الاعتبار في يسار المعتق الذي يجب به عليه الضمان هو يسار التيسير (وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر) فاضلاً عن ملبوسه ،

لا يسار الغناء ، لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت اليه ،

ونفقة نفسه ونفقة عياله (لايسار الغناء) أي لا يعتبر يسار الغنى ، هذا ظاهر الرواية ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . ومن المشايخ من اعتبر نصاب حرمة الصدقة . وفي العيون والمختار ظاهر الرواية (لأن به) أي بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) أى من جانب العتق وجانب الشريك الساكت ، لأن مقصود المعتق تحقيق القربة ، ومقصود الشريك حصول بدل حقه اليه ، فبيسار التيسير يحصل الأمران ، فلا حاجة إلى يسار الغنى ، وهو معنى قوله (بتحقيق ما قصده المعتق من القرابة) أى التقرب إلى الله تعالى بالعتق (وإيصال) أى وبإيصال (بدل حق الساكت اليه) أى عوض نصيبه من العبد .

وفي التحفة إنما تعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الإعتاق ، لأنه مسبب الضمان ، وكذا يعتبر حال المعتق في يساره وإعساره يوم الإعتاق حتى لا يسقط الضمان إذا أعسر بعد اليسار ، ولا يثبت الضمان إذا أيسر بعد الإعسار . في التمرتاشي لو قال المعتق أعتقت وأنا معسر ، وقال الساكت بخلاف نظر اليه يوم ظهور العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه ، وإن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً لم يكن له تضمن الموسر في رواية عن أبي حنيفة ، لأن التضمين بشرط نقل الملك إلى العتق وقدفات النقل بالموت في ظاهر الرواية عنه له ذلك [١] أو يأخذ من شريكه ، لأن الضمان واجب . ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب على عوض في القياس أن يجوز . وفي الاستحسان لا يجوز ، لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له . وفي جامع قاضي خان لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته ، وهو قول أبي حنيفة ، بل يسقط ، وعندهما يؤخذ من تركته لأنه ضمان إتلاف .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية في حالة اليسار والولاء للمعتق ، لأن العتق كلـــه من جهته لعدم التجزؤ . وأما التخريج على قوله ، فخيار الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده ، والتضمين لأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ،

(ثم التخريـــج على قولهما ظاهر) أي التخريـــج على قولهما ظاهر ، أي تخريـــج المسألة على قول أبي يوسف ومحمـــد ظاهر ، يعني إذا علم أن هذه المسألة مبنيـــة على حرفين ، أي أصلين فالكلام في التخريج ، وهو على قولهما ظاهر ، لأن الإعتاق إذا لم يكن منجزأ كان العتق وقعـــا في النصيبين جميعاً ، وبيساره مانع من السعاية ، فوجب عليـــه الضمان ، وانتفى السعاية .

(فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد) أي لشريكه (لعدم السعـــاية) أي لأجل عدم السعاية (عليه) أي على العبد (في حال اليسار والولاء للمعتق ، لأن العتق كله من جهته لعدم التجزؤ . وأما التخريج على قوله) أي على قول أبي حنيفة (فخيار الإعتاق) أي لشريكه (لقيام ملكه) أي ملك الشريك (في الباقي . إذ الإعتاق يتجزأ عنده) أي عند أبي حنيفة ، فاذا كان الإعتاق يتجزأ كان ملك الشريك في الباقي تاماً (والتضمين) بالرفع عطف على قوله فخيار العتق ، أي فخيار التضمين (لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه ، حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك) التصديق والوصية (مما سوى الإعتاق وتوابعه) أي توابع الإعتاق كالتدبير والكتابة والاستيلاء (والاستسعاء) بالجر عطف على المضاف اليه في قوله فخيار الإعتاق ، لكن قاله الاترازى وقال الاكمل معطوف على قوله والتضمـــين ، وكـــذا قاله الكاكي وهذا أوجه ، التقدير وخيـــار الاستسعاء لان التقدير في التضمين وخيار التضمين كما ذكرنا (لما بينا) أشار به إلى قوله – احتسبها – النيـــة عنده .

ويرجع المعتق بما ضمن على العبد، لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان، وقد كان له ذلك بالاستسعاء، فكذلك للمعتق، ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمناً، فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه، لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان، وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه، وإن شاء استسعى لما بينا، والولاء له في الوجهين، لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى

(ويرجع المعتق بما ضمن على العبد، لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان، وقد كان له ذلك) أى وقد كان للشريك الساكت الرجوع (باستسعاء العبد، وكذا كان للمعتق أيضاً) لانه قام مقام الساكت كالمدبر إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له الرجوع على القاتل بما ضمن.

(ولانه) أى ولان المعتق (ملك العبد بالضمان لشريكه ضمناً) جواب عما يقال معتق البعض كالمكاتب عنده فينبغي أن لا يتملكه بالضمان كالمكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فأجاب عنه بقوله ملكه ضمناً لاداء الضمان، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، والضمنيات لا تعتبر (فيصير المعتق كأن الكل له) أى كل العبد له (وقد عتق بعضه) أى بعض العبد (فله أن يعتق الباقي أو يستسعي العبد إن شاء، والولاء للمعتق في هذا الوجه) أى في وجه التضمين (لان العتق كله حصل من جهته حيث تملك بالضمان) أى من حيث أنه تملك العبد بالضمان لحصة شريكه الساكت.

(وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق) أي إن شاء الشريك الساكت أعتق (لبقاء ملكه، وإن شاء استسعى العبد لما بينا) أي لبقاء ملكه (والولاء) أي الشريك الساكت (في الوجهين) أي في الإعتاق والاستسعاء في نصيبه (لأن العتق من جهته) أي من جهة الساكت (ولا يرجع المستسعى) بفتح العين، إسم مفعول، وهو العبد على المعتق بما أدى

باجماع بيننا ، لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي ديناً على المعتق ، إذ لا شيء عليه لعسرته ، بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر ، لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن ، فلهـــذا يرجع عليه . وقول الشافعي « رح » في الموسر كقولهما . وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب ، لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ، ولا إلى إعتاق الكل

(بإجماع بيننا) قيد به عن قول ابن أبي ليلى وزفر ، فإن عندهما يرجع العبد بما سعى على المعتق كالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر .

وبين الفرق لنا بقوله (لأنه) أي لأن العبد (يسعى لفكاك رقبته) أي لأن العبد هنا يسعى في تخليص رقبته عن الرق ، وهو منفعة حالة له ، فهذا لا يرجع ، أي (ولا يقضي العبد ديناً على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته) أي لإعساره (بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر ، لأنه يسعى في رقبة قد فكت) أي لأنه يسعى في رقبة تخلصت (أو يقضي ديناً على الراهن ، فلهذا يرجع عليـــه) أي فلكونـــه مضطراً ، يرجـــع على الراهن ، فقوله — لفكـــاك رقبته — على مذهبه . وقوله — أو يقضي ديناً على الراهن — المعتق على مذهبهـــا .

(وقول الشافعي في الموسر كقولهما) أي كقول أبي يوسف ومحمد (قال) أي الشافعي (في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب ، لأنه لا وجه لتضمين الشريك لإعساره) أي لإعسار الشريك (ولا إلى السعاية) أي ولا وجه أيضاً إلى الاستسعـــاء (لأن العبد ليس بجان ولا راض به) أي بإعتاق المعسر ، لأن الرضى لا يتحقق إلا بالعلم ، والمولى منفرد باعتاقه بدون علمه (ولا إلى إعتاق الكل) أي ولا وجه أيضاً إلى إعتاق

للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه . قلنا إلى الاستسعاء سبيل ، لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية وضعف السالب لها في شخص واحد قال

ولو شهد كل واحـــد

الكل (للإضرار بالساكت) أى للزوم الضرر بالشريك (فتعين ما عينـاه) وهو العتق ما عتق ، ورق ما رق .

(قلنا إلى الاستسعاء سبيل ، لأنه لا يفتقر في وجوده إلى الجناية) كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسراً (بل يبتني على احتباس المالية) أى مالية نفسه احتبست عنده فيستسعيه . وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل (فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبـة للمالكية) الحاصلة من إعتاق البعض (والضعف السالب لها) أى للمالكيـة ، أي للقوة بصحة البيع وأمثاله (في شخص واحد) قال الكاكي قوله – فلا يصار إلى الجمع .. إلى آخره – يعني كونه حراً في نصفه رقيقاً في نصفه ، إذ لا يشهـد له أصول الشرع ، كما لا يشهد بأن يكون نصف المرأة مطلقة ونصفها غير مطلقة أو قتل نصف رجل ويبقى نصفه غير مستحق للقتل ، ولأن الغرض من المالكية ملك الأشياء بأسبابها وملك الأشيـاء بأسبابها إنما يتصور في الأشخاص لا من الانتقاض فيستسعى لئلا تؤدى إلى المالكية وعدمه واحد ، والاستسعاء لا يفتقر إلى الجناية ، بل هو مبني على احتباس المالكية كما إذا وقع ثوب بهبوب الريح في صبغ إنسان ، وقد ذكرناه .

وقال تاج الشريعة قوله – ولا يصار إلى الجمع .. إلى آخره – بيانه أنـه أثر الحرية المالكية والولاية وجوار الشهادة وأثر الرق سبب هذه الأحكام ، ويستحيل كون نصف الشخص مالكاً ولياً مملوكاً عاجزاً ، وإذا تعذر الجمع ترجح جانب الحرية ، لأنها وصف أصلي ، فاعتباره أولى ، فقلنا بخروجه إلى الحرية بالسعاية ، ولا يشكل قول أبي حنيفة لأنه لا يقول بزوال الرق .

(قال) أي القدوري في مختصره (ولو شهد كل واحد) أي أقر ، قاله تاج الشريعـة

من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة « رح » ، وكذا أحدهما موسراً والآخر معسراً ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصارمكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق ويستسعيه ، لأنا تيقنا بحق الاستسعاء ، لأنا تيقنا من استرقاقه ويستسعيه،لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً ، لأنه مكاتبه أو مملوكه ، فلهذا يستسعيانه ، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار ، لأنه حقه في الحالين في أحد

(من الشريكين على صاحبه بالعتق) أي بالإعتاق بنصيبه (سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه سواء موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة ، وكذا اذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما ، الزعم بفتح الزاي وضمها لغتان فصيحتان كالضعف والضعيف حكاهما ابن السكيت ، وقرأ الكسائي قوله تعالى ﴿ هذا لله بزعمهم ﴾بضم الزاي،والباقون بفتحها ، قال ابن دريد وأكثر ما يقع الزعم على الباطل في القرآن وفي فصيح الشعر (عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه ، فيمتنع من استرقاقه ويستسعيه، لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً ، لأنه مكاتبه) أي لأن العبد مكاتبه على تقدير الصدق أو مملوكه على تقدير الكذب وكسب المملوك لمولاه ، وهنا لف ونشر مشوش (فلهذا) أي فلأجل أن العبد مكاتب أو مملوك (يستسعيان) أي يستسعيا الشريكان بالعبد لأجل التيقن بحق الاستسعاء .

(ولا يختلف ذلك) أي الاستسعاء (باليسار والإعسار لأنه حقه) أي حق الذي شهد (في الحالتين) أي في حال يسار شريكه الذي أعتق نصيبه وحال إعساره (في أحد

شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعايةعنده، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك، فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما ، لأن كلاً منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاءه له ، وعتـــق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إن كانا موسرين فلا سعاية عليه ، لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعايتـــه بدعوى الضمان على صاحبـــه ، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنـــكار الآخر ، والبراءة عن السعاية قد تثبت لإقراره على نفسه ، وإن كانا معسرين سعى لهما ، لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذبـــاً

شيئين) من تضمين الشريك واستسعاء العبد (لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنـــده) أى عند أبي حنيفة (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك ، فتعين الآخر وهو السعـاية) فإن قتل لم يتعذر على تقدير التخلف ، فإنه لما أنكر يحلف ، وإن نكل يجب الضمان . قلنا لما كان من اعتقاد كل واحد أنه أعتقه صاحبه يحلف لم يجب الضمان على تقـدير الحلف فتعين السعاية ، فلا فائدة في التحليف ، بل تتعين السعاية ، فلا تحليف لأن ماله اليه .

(والولاء لهما) أى للشريكين (لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه، وولاءه له ، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه له) ولكن ينبغي لك أن تعلم أن هذا كله بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، لأن كل واحد منهما يدعي على الآخر الضمان، والضمان مما يصلح بدله فيستحلف عليه .

(وقال أبو يوسف ومحمد وإن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه ، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد (إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر، والبراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين يسعى لهما ، لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً

على ما بيناه،إذ المعتق معسر إن كان أحدهمـــا موسراً . والآخر معسراً سعى للموسر منهما ، لأنه لا يدعى الضمان على صاحبـــه لإعساره ، وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما ، لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره ، فيكون مبرئاً للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما ، لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه ، وهو يتبرأ منه ، فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما . ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر ، وقال الآخر إن دخله فهو حر ، فمضى العبد ولا يدري دخل أم لا عتق النصف

على ما بيناه) إشارة إلى قوله – لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً ، كذا قاله الأترازى والكاكى وصاحب الهداية ، وقيل هو إشارة إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه ، قال الأكمل قلت قائل هذا تاج الشريعة (إذ المعتق معسر) أى لأن المعتق معسر .

(وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى) أى العبد (للموسر منهما ، لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره ، وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنـــه) أى عن السعاية ، ذكره على تأويل الاستسعاء (ولا يسعى للمعسر منهما ، لأنـه يـدعي الضمان على صاحبه ليساره ، فيكون متبرئاً للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلـك عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد (لأن كل واحد منهما يحيله) أى يحيـــل الولاء على صاحبه (وهو يتبرأ عنه) أى صاحبـــه يتبرأ عن الولاء (فبقي موقوفاً إلى أن يتفقا) أى الشريكان (على إعتاق أحدهما) وذلك لأن كل واحد منهما يزعم أن الولاء لصاحبه وشريكه يجحد ذلك .

(ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر ، وقال الآخر) أى الشريك الآخر (إن دخله فهو حر فمضى العبد ولا يدرى دخل أم لا عتق النصف)

وسعى لهما في النصف ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يسعى في جميع قيمته ، لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول ،

أى نصف (وسعى) أى العبد (لهما) أى للشريكين (في النصف ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يسعى في جميع قيمته) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، ولكن يذكر عن أبي يوسف ومحمد فيه ، وإنما ذكر قولهما في الجامع الكبير وفي عتاق الأصل ففيا ذكره المصنف ابهام ، لأن عند أبي يوسف إنما يسعى في النصف إذا كانا معسرين ، وأما إذا كان أحدهما موسراً يسعى له في نصف القيمة . وقال الأترازى العذر لصاحب الهداية أنه أشار إلى ذلك بعد هذا بقوله ، وسيأتي التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف الذى سبق .

ثم جواب المسألة مشروحاً على قول أبي حنيفة أنه يعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته بينهما نصفين سواء كانا موسرين أو معسرين . وفي قول أبي يوسف إن كانا موسرين فلا يسعى في شيء ، وإن كانا معسرين سعى لهما في نصف القيمة ، فلكل منهما في الربع ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر في ربع قيمته ، ولا يسعى للمعسر في شيء . وفي قول محمد إن كانا موسرين فلا سعاية ، وإن كانا معسرين يسعى لهما في جميع القيمة ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر في نصف القيمة ولا يسعى للمعسر في شيء .

(لأن المقضي عليه في سقوط السعاية مجهول) لأنه أما هذا المولى (فلا يمكن القضاء على المجهول) ولا يمكن القول بالتوزيع أيضاً لما فيه من إسقاط السعاية لغير المعتق وإيجاب السعاية للمعتق ، ولأن كل واحد منهما شهد على صاحبه بالحنث فكان كعبدين شهد كل واحد منهما على الآخر بالاعتاق ، ثم يسعى في جميع القيمة إذا كانا معسرين ، فكذا هنا ،

فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا الف درهم ، فإنـــه لايقضي بشيء للجهالة ، كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية ، لأن أحدهما حانث بيقـــين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع ، كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو عينه نسية ومات قبل التذكر أو البيان وسيأتى التفريع فيـــه على أن اليسار هل يمنع السعـــاية أو لا يمنعها على الإختلاف الذي سبق،

ونظر المصنف لما قاله محمد بقوله (فصار كما إذا قال لغيره لـــك على أحدنا الف درهم ، فإنه لا يقضي بشيء للجهالة ، كذا هذا) .

(ولهما) أى لأبي حنيفة وأبي يوسف (أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية) وهومثبت للعتق (لأن أحدهما حانث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل) لأنه يكون ظلماً (والجهالة ترتفع بالشيوع) هذا جواب عن قول ،لأن المقضي عليه مجهول ، وتقريره أن الجهـــالة ترتفع بالشيوع ، أى بشيوع النصف الذى عتق (والتوزيـــع) أى وبتوزيعه ، لأن بالتوزيع يصير المقضي عليه الموليان ، ولا جهالة فيها (كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه) بأن قال لعبدية أحدهما حر ، ولم يعينه (أو عينه) أى لو قال أحدهما حر وعينه (ونسيه) أى نسي الذى عينه (ومات قبل التذكر أو البيان) فإنـــه يعتق من كل واحد منهما نصفه ، ويسعى كل واحد منهما في نصفه . وعند الشافعي في قول يفرع بينهما ، وفي قول الوارث يقام مقامه في البيان ، وهو الأصح (وسيأتي التفريـــع فيه) أي في هذا الوجه .

(على أن اليسار هل يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق) وهو أن اليسار لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة وعندهما يمنع ، وصورته ذكرناها عن قريب بقولنـــا ثم جواب المسألة مشروحاً فليراجع .

ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما ولم يعتق واحد منهما ، لأن المقضي عليـــه بالعتق مجهول ، وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة ، فامتنع القضاء . وفي العبد الواحد المقضي به معلوم ، فغلب المعلوم المجهول. وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهمـــا عتق نصيب الأب ، لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتـــاق على ما مر ، ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم. وكـــذلك إذا أورثاه والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبـــه ، وإن شاء استسعى

(ولو حلفا على عتق عبدين كل واحد منهما لأحدهما) يعني إذا كان لكل واحد منهما عبد على حدة ، فقال إن دخل فلان الدار غداً فعبدي حر ، وقال الآخر إن لم يدخل فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (ولم يعتق واحد منهما) أى من العبـــدين في قولهم جميعاً (لأن المقضي عليه) وهو المولى (بالعتق مجهول ، فكذا المقضي له وهوالعبدمجهول (فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) لتفاحش الجهالة (وفي العبد الواحـــد) بن اثنين المقضي عليه (المقضي عليه معلوم ، وكذا المقضي به) وهو عتق نصف العبد (معلوم) لأن أحدهما حانث لا محالة (فغلب المعلوم المجهول) لأن المعلوم أكثر من المجهول (وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب ، لأنه ملك شقص قريبه) أى الأب ملك نصف ابنه (وشراؤه إعتاق على ما مر) في فصل من ملك ذا رحم محرم (ولا ضمان عليه) للآخر ، أى لا ضمان على الأب لشريكه الذى اشتراه معه سواء (علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم لأنه باشر) علته العتق وهي الشراء ، فكان منـــه رضي بالدلالة ، كما إذا رضي فصار صريحاً .

(وكذلك) أى وكذلك أعتق نصيب الأب (إذا أورثاه) أى الابن ، وكذلك حكم الصدقة والوصية والهبة (والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبـــه ، وإن شاء استسعى

العبد ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً وإن كان معسراً يسعى الإبن في نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية، وعلى هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه . لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق ، لأن شراء القريب إعتاق ، وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه . وله أنه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه ، كما إذا أذن له باعتاق

العبد) سواء كان الذي عتق عليه موسراً أو معسراً (وهذا) أي وهذا الحكم المذكور (عند أبي حنيفة) .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد (في الشراء يضمن الأب نصف قيمته) أي قيمة الابن (إن كان) أي الأب (موسراً وإن كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه، وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه (إذا ملكاه)أي إذا ملك الأب والآخر ابنه (بهبة) أي بأن وهبه لهما رجل (أو صدقة) بأن تصدق به شخص عليهما (أو وصيته) بأن أوصى به شخص لهما (وعلى هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان وأحدهما) أي والحال أن أحدهما (قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه) قيد بالنصف ، لأنه إذا حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق بشراء النصف لعدم الشرط .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أنه) أي الأب (أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق ، لأن شراء القريب إعتاق وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين) يعني مشتركاً بينهما (فأعتق أحدهما نصيبه) يعني نصيب الآخر ، لأن الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيضمن لصاحبه قيمة نصيبه إن كان موسراً ، وإلا فالعبد يسعى .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه رضي بإفساد نصيبه) ولا عدوان مع الرضى (فلا يضمنه) أي فلا يضمن صاحبه (كما إذا كان أذن له) أي لشريكه (بإعتاق

نصيبه صريحاً ، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء ، لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا ، وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار

نصيبه صريحاً) بأن قال له أعتق نصيبك فأعتقه لا يضمن ، ثم بين المصنف وجه المساواة في الوجهين بقوله (ودلالة ذلك) أى دلالة الرضى بافساد نصيبه (أنه) أى أن الشريك (شاركه فيما هو علة العتق ، وهو الشراء ، لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به) أي بشراء القريب (عن عهدة الكفارة التي عندنا) خلافاً للشافعي . وقال الأترازى قوله – لأنه شاركه .. إلى آخره – فيه تسامح ، لأن شراء القريب علة الملك والملك علة العتق، فيكون الشراء علته، والحكم كما يضاف إلى علة العلة كما في سوق الدابة وقودها .

(وهذا ضمان إفساد) يعني لا ضمان تملك ، وضمان التملك لا يختلف باليسار، وأشار اليه بقوله – حتى يختلف – أى الضمان باليسار والاعسار فيسقط بالرضى وقد وجد حيث باشر السبب بخلاف ضمان الملك ، فانه لا يسقط بالرضى لأنه بناء على التملك ، وهذا قائم ، أما ضمان الافساد فبناء على الجناية ، ولما رضي لم يبق فعله جناية فيسقط ، وإنما قيد بالظاهر احترازاً عما روي عن أبي يوسف إذا قال لصاحبه أعتق نصيبك فأعتق يضمن ، جعله ضمان التملك حيث لم يسقط الضمان بالرضى ذكر رواية أبي يوسف علاء الدين العالم في طريقة الخلاف . وقال الأكمل قوله وهو ضمان إفساد يجوز أن يكون جواباً عما يقال إنما كان الرضى مسقط للضمان إذا لو كان ضمان إفساد ، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد أحد الشريكين الجارية باذنه ، فانه لا يسقط به الضمان ، لأنه ضمان تملك .

ووجه الجواب انه ضمان إفساد (في ظاهر قولهما حتى يختاف باليسار والاعسار [1] ،

---

(١) هكذا في الاصل سقطت كلمتان ، وهذا دائم الحصول، ربما هو من سهو الكاتب، أو هو من نسخة أخرى . اه مصححه .

فيسقط بالرضاع ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب ، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ، ولا يعلم الآمر بملكه . وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب ، لأنه ما رضي بافساد نصيبه ، وإن شاء استسعى الإبن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده

ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه) أى بين أن يعلم أنه أبوه وبين أن لا يعلم (وهوظاهر الرواية عنه) أى عن أبي حنيفة ، واحترز بالظاهر عن رواية الحسن بن زياد عنه بأنه إذا لم يكن عالماً بأنه أبوه لا يكون راضياً . وقال أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الاماني إذا كان الشريك لم يعلم فاشتراه فهو بالخيار إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء نقض ، لان المبيع قد تغير قبل القبض ، كما إذا اشتريا عبدا فأعتقه أحدهما قبل القبض كان الآخر بالخيار أجاز أو نقض (لان الحكم يدار على السبب) يعني لان سقوط حقه في الضمان يدور مع كونه مشاركاً في السبب ، وذلك لا يختلف بالعلم وعدمه .

(كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه)فأكله المأمور لم يكن للآمر أن يضمنه شيئاً ، وإن كان غير راض به لأنه باشر بسبب الوصي وهو الآمر (وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه) أي نصف الإبن أراد أن رجلا اشترى نصف ابن الرجل (ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر) أي والحال أن الأب موسر (فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب،لأنه ما رضي بإفساد نصيبه ، أي الأجنبي مارضي بإفساد نصيبه (وإن شاء استسعى) أي الأجنبي (الإبن في نصف قيمته لإحتباس ماليته عنده)أي عند الإبن (وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة ، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أي عند أبي حنيفة وقد علم ذلك فيما تقدم .

وقالا لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما . ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة «رح». وقال لا يضمن إذا كان موسراً ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئاً عنده ، والوجه قد ذكرناه ، وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر ، فدبر أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان ، فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته مدبراً ولا يضمن المعتق ، وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد (لا خيار له) أي للأجنبي (ويضمن الأب نصف قيمته ، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما) وقد علم هذا أيضاً فيما تقدم . وحاصل هذه المسألة أن الأب يضمن في هذه الصوره في قولهم جميعاً ، لأن الرضى لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الأب فيما هو حق عليه العتق ، وقد اتفقوا في الضمان ، واختلفوا في الخيار كما ذكرنا .

(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إن كان موسراً) وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، وأوضحها المصنف بقوله (ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله) أي كل الإبن (فلا يضمن لبائعه شيئاً عنده) أي عند أبي حنيفة لأنه رضي بإسناد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق ، وعندهما يضمن لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق ، وقيد بقوله ممن يملك كله ، لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين تضمين الساكت بالاتفاق كما في المسألة المتقدمة (والوجه قد ذكرناه) إشارة إلى قولهما أنه أبطل ، وله إن رضي (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبر أحدهما وهو موسر) أي والحال أنه موسر ثم أعتقه الآخر .

(فإن أرادوا الضمان) إنما قال أرادوا بضمير الجمع على سبيل التغليب ، وهذا لأن المعتق لا يريد الضمان ، ولا يريد الضمان إلا الساكت والمدبر بكسر الباء (فللساكت أن يضمن المدبر) بكسر الباء (ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً)

ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة . وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً ،

أي ثلث قيمة العبد حال كونه مدبراً (ولا يضمنه) أي ولا يضمن المعتق (الثلث الذي ضمن) بيان ذلك أن قيمة العبد إذا كانت سبعة وعشرين وهما مثلاً ، فللساكت أن يضمن المعتق ستة ، وذلك أن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن ، فالتدبير تلفت تسعة ، فكان الإتلاف واقعاً على قيمة المدبر فللمعتق تلك الستة فقط ، ويضمن التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه إياها .

(وهذا عند أبي حنيفة) أوضح الأوزاني منهب أبي حنيفة بقوله إعلم أن العبد بين ثلاثة إذا دبره أحدهم وأعتقه الآخر ، وهما مدبران كان الساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته ، ويرجع به المدبر على العبد نص عليه الحاكم في الكافي ، وليس له أن يضمن المعتق لأنه لو ضمنه كان الملك له بالضمان والمدبر بفتح الباء ليس بقابل للملك سوى المدبر ، وإنما يضمن الساكت المدبر إذا كان موسراً ، وإن شاء استسعى العبد فيه لأنه أفسد تدبيره فيضمنه ، ومالية العبد احتسب عند العبد فيستسعيه ، أما إذا كان المعتق معسراً فللمدبر استسعاء العبد دون التدبير ، كذا قاله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، وليس للمدبر أن يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن الساكت ، لأن ملك المدبر في ذلك الثلث ثابت من وجه دون وجه ، وذلك لأنه ثبت مستنداً بأداء الضمان ، فبالنظر إلى أداء الضمان يثبت به الملك ، فلما كان ذلك لم يظهر في حق التضمين ، ثم الساكت إذا اختار تضمين المدبر كان ثلث الولاء للمدبر ، والثلث للمعتق فإنه اختار سعاية العبد كان الولاء بينهم أثلاثاً ، وبه صرح الفقيه ، وهذا كله قول أبي حنيفة .

(وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة) يعني لما دبره أحدهم صار كل مدبراً له ، والعتق باطل ، لأن التدبير عندهما لا يتجزأ كالإعتاق عندهما (ويضمن) أي المدبر (ثلثي قيمته لشريكه) المعتق والساكت سواء (موسراً كان) أي المدبر (أو معسراً) أي أو كان معسراً ، والولاء كله للمدبر ، وإنما يقع الفرق بين العتق والتدبير في حرف . وهو أن المعتق لا يضمن إذا كان معسراً ، وفي التدبير يضمن وإن كان معسراً لأنه لما دبر فقد ملك كله ، لأنه يملك خدمته ،

وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعـابه ، فيكون معتبراً به ، ولما كان متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه ، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يـكاتب أو يضمن المـدبر أو يستسعي العبد أو يتركـه على حاله ، لأن نصيبه باق على ملكـه فاسداً بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الإنتفاع به بيعاً وهبة على مامر ،

فصار وجوب الضمان بالبدل والضمان إذا كان بالبدل استوى فيه العسر واليسر كجارية بين رجلين جاءت بولد ، فادعاه أحدهما صارت أم ولده فيضمن نصف قيمتها ونصف عقرها موسراً كان أو معسراً [1] واستمتاعها بخلاف ضمان الإعتاق ، فانه ضمان إتـلاف لا ضمان تملك ، لأنه لا يحصل البدل بالضمان فاختلف بالعسر واليسر ، وإن كان غنيـاً ضمن وإن كان فقيراً سعى العبد .

(وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً لهما كالإعتاق) فانه يتجزأ عنده خلافاً لهما (لانه) أي لان التدبير (شعبة من شعبه) أي من شعب الإعتاق (فيكون معتبراً به) أي بالإعتاق يعني يتجزأ كما يتجزأ الإعتاق .

(ولما كان) أي التدبير (متجزئاً عنده) أي عند أبي حنيفة (اقتصر على نصيبه) أي على نصيب المدبر (وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين)وهما المعتق والساكت (فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر) بكسر الباء(أو يستسعي العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه) أي نصيب كل واحد من الآخرين (باق على ملكـه فاسداً) أي حال كونه فاسداً (بافساد شريكه) أي شريك كل واحد منهـما ، وأراد بالشريك المدبر (حيث سد عليه) أي حيث سد المدبر على كل واحد منهـما (طريق الإنتفاع به) أي بالعبد (بيعاً) أي من حيث البيع (وهبة) أي من حيث الهبـة ، وكذلك من حيث الوصية والصدقة والإمهـاز [2] (على ما أمر) إشارة إلى قوله لأن العتق

---

(١) هنا كلام غير مقروء . اهـ مصححه .

(٢) هكذا رسمت الكلمة في الأصل . اهـ مصححه .

فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار غيره فتوجه للساكت سبباً ضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق، غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الإعتاق، لأنه عندذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين

جائز عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلـك ، وذكره في المسألة الثانية من هذا الباب .

(فاذا اختار أحدهما) أي أحد الآخرين وهما المعتق والساكت (العتق تعين حقه فيه) أي في العتق يعني فقد منه لمصادفة ملكه لكونه متجزئاً عنده (وسقط اختيار غيره) أي غير العتق من السعاية والكتابة والتضمين وغيرهما (فتوجه للساكت سببـا ضمان) وفسرهما بقوله (تدبير المدبر ، وإعتاق هذا المعتق) يعني أن كل واحد منهما سبب الضمان (غير أن له) أي للساكت (أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معـاوضة إذ هو الأصل) أي ضمان المعاوضة هو الأصل في الضمان ، لأن الضمان يقتضي أن يصير المضمون ملكاً للضامن ولا يكون ذلك إلا في ضمان المعاوضة لا في ضمان الجنايه ، وإتلاف وضمان المدبر ضمان معاوضة .

(حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) وقال الكاشاني في الدليـل على أن الغصب ضمان معاوضة مسألة المأذون، وهي أن إقراره بالغصب يصح أيضاً مع إقراره بالضمان الإتلاف مؤخراً إلى ما بعد العتق ، وإذا كان الأصل في الضمانات ضمان معاوضة في الغصب مع أنه عدوان ففي الإعتاق . وهو مشروع أولى فلا يترك هذا الأصل ، أي ضمان الجناية إلا لضرورة العجز (وأمكن ذلك) أي ضمان المعاوضة (في التدبير) أي في ضمان التدبير (لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ، ولا يمكن ذلك) أي النقل من ملك إلى ملك (في الإعتاق ، لأنة عند ذلك) أي عند الإعتاق (مكاتب أو حر) وفي بعض

ولا بد من رضاء المكاتب بفسخه حتى يقبل الإنتقال ، فلهـذا يضمن المدبر ، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمتـه مدبراً لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً ، والضمان يتقدر بقيمـة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قناً

الفسخ ، لأنه عند ذلك مدبر (على اختلاف الأصلين) يعني أن يعتق بعض العبد مكاتب عند أبي حنيفة ، وعندهما حر عليه دين .

وقال الإمام جلال الدين ابن المصنف قوله — مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين — غير مستقيم وكذا قوله (ولا بد من رضى المكاتب) نتيجة ، لأنه عند الإعتـاق ليس بمكاتب ولا حر ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة ، وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإنما الصحيح أن يقال لأنـه عند ذلك مدبر . وقال الأكمل الساكت حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب ، كما أن فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسألة الثابت والخـارج والداخل ، لأن للمولى حق بيان الايجاب في كل واحد من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كلا منهما حراً من وجه ، عبداً من وجه ، فكان الثابت كالمكاتب ، فكذا هنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب .

وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار ، وإنما تنفسخ بمقتضى الاعتاق ، فكذا تنفسخ بالتراضي ولا بد من رضى المكاتب (بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا) أي فلأجل كون المدبر عند الاعتاق غير قابل للانتقال (يضمن المـدبر) أي يضمن الساكت المدبر بكسر الباء .

(ثم المدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته) حال كونه (مدبراً لأنه) أي لأن المعتق (أفسد عليه) أي على المدبر (نصيبه) حال كونـه (مدبراً) أراد نصيبـه الذى (والضمان يتقدر بقيمة المتلف) يعني منها كان قيمته ما أتلف يلزم ذلك (وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) أي من حيث كونه قنا . وقد مر بيان ذلك عند قوله — ولا يضمن المعتق

على ما قالوا ، ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت ، لأن ملكه ثبت مستنداً وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين

الثلث الذى ضمن – وفي قيمة المدبر اختلافاً للمشايخ ، قال البلخي قيمته نصف قيمة القن ، لأنه ينتفع بالمملوك على وجهين بعينه وبدله ، فالانتفاع ببدله فائت ، والانتفاع بعينه باق ، كذا في النوازل .

وقال بعضهم تمام قيمة القن . وقال الصدر الشهيد هذا غير سديـــد ، وذكر الامام السعدي في فوائده قيمته ثلاثا قيمته ، وقد مر . وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر كم يستخدم هو مدة عمره من حيث التحرى والظن كذا في التتمة والفتاوى الصغرى . وقيل يسأل عن أهل الخرة أى العلاء لو جوزوا بيعه بكم اشترى هذا المدبر يجب ما قالوا. وقيل يقوم ما كانت المنافع التي تفوت بالتدبير ، واليه أشار محمد في بعض الكتب ولم ينقل من المتقدمين في معرفة قيمة المكاتب شيء . وأشار محمد في جنايات الجامع إلى أن قيمته أقل من قيمة القن ، ولم يبين بمقداره . وقيل ينبغي أن يكون النصف قيمة أم الولد ثلث قيمة القن . وفي الذخيرة لو قال بعض المشايخ ينظر بكم تستخدم مدة عمرها . وقيل سئل أهل العلم أن العلماء لو جوزوا بيعها بكم تشترى فيجب ذلك المقدار .

(على ما قالوا) إشارة إلى اختلاف المشايخ الذي بيناه . وقال الكاكي إشارة إلى أن فيه خلافاً (ولا يضمنه) أي ولا يضمن المدبر المعتق (قيمة ما ملكه بالضمان) هو الثلث (من جهة الساكت لأن ملكه) أي ملك المدبر (ثبت مستنداً) إلى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) أي ينظر إلى حال أداء الضمان (دون وجه) أي ليس بثـابت من وجه ينظر إلى حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) أي في حق لتضمين المعتق .

فإن قيل قوله ثابت من وجه و دون وجه يشكل بما قالوا إذا أعتق أحد الشريكين ، وهو موسر يؤدي المعتق الضمان ثم يرجع على العبد بما ضمن الساكت مع أن العبد ثالثهما . قلنـا المعتق بأداء الضمان قام مقام الشريك وللشريك ولاية الاستسعاء ، فكذا من قام مقامه . وقيل

والولاء بين المعتق والمدبر ثلاثاً ، ثلثاه للمدبر ، والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار ، وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله مدبراً للمدبر ، وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار ، لانه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد ، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية ، والولاء كله للمدبر ،

يرد عليه ما لو هلك المدبر في يد غاصب الغاصب ، وضمنه الغاصب حيث يرجع على الثاني ، وإن كان ملكه ثبت مستنداً . أجيب بأن الغاصب قام مقام المالك في ضمان الحيلولة وللمالك أن يضمن غاصب الغاصب ، فكذا من قام مقامه .

(والولاء بين المعتق والمدبر) بكسر الباء ، أي بين المعتق وعصبة المدبر ، لأن العتق لا يحصل للمدبر إلا بعد موت مولاه (ثلاثاً ثلثاه) أي ثلثا الولاء (للمدبر والثلث للمعتق ، لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) لأن المدبر عتق عليه الثلث من جهة ملكه من الساكت والثلث الآخر نصيبه في الأصل ، وهذا إذا اختار الساكت تضمين المدبر ، أما إذا اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعاً أثلاثاً لكل واحد منهم الثلث .

(وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله) أي كل العبد (مدبراً) بفتح الباء (للمدبر) بكسر الباء ، أي بعصبة المدبر (فقد أفسد نصيب شريكه لما بينا) أراد به عند قوله فيما مضى عن قريب العبد الذي دبره أول مرة ، ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً (فيضمنه) أي فيضمن نصيب شريكه (ولا يختلف) أى الضمان (باليسار والإعسار) يعني يضمن مطلقاً سواء كان موسراً أو معسراً (لأنه) أى لأن هذا الضمان (ضمان تملك فأشبه الإستيلاد) أى فأشبه هذا الضمان ضمان الاستيلاد ، فإن كانت جارية بين اثنين ، فجاء بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ، ويضمن قيمتها لشريكه .

(بخلاف الإعتاق) أى بخلاف ضمان الإعتاق (لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر ،

وهذا ظاهر . وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه ، وأنكر ذلك الآخر فهي مرقوقة يوماً ويوماً تخدم للمنكر عند أبي حنيفة . وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبيل عليها . لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق ، كذا هذا ، فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه

وهذا ظاهر) فتخلف باليسار والإعسار ، واعترض بأن قولهم ضمان الجناية باليسار والاعسار أردتم مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالاعتاق ، والأول مردود بأن كسر جرة إنسان مثلاً أو أتلف ملكاً من أملاكه ، فانه يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً . والثاني تحكم . أجيب بأن المراد الثاني والحكم مدفوع لثبوته بقوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه إن كان غنياً ضمن . وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر ، فلا يقاس عليه غيره ، فيكون على خلاف القياس . قال أى محمد في الجامع الصغير وليس لفظ قال في كثير من النسخ .

(وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه ، وانكر ذلك الآخر فهي مرقوقة يوماً) المراد من كونها مرقوقة يوماً أن يرفع عنها الخدمة يوماً ، وأن يكون للمقر عليها سبيل بالاستسعاء (ويوماً تخدم للمنكر عند أبي حنيفة) قال الكاكي واختلف المشايخ في الخدمة للمنكر هل تخدم المنكر عندهما ، والصحيح أنها لا تخدم .

(وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ، ثم تكون حرة، ولا سبيل عليها) يعني للمقر بالاستسعاء (لهما) أى لأبي يوسف ومحمد (أنه) أى المقر (لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه) أى على نفسه فصار (كأنه استولدها فصار) حكم هذا (كما إذا أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا حكم هذا) مثل ذلك (فتمتنع الخدمة) للمقر لأنها أم ولد لغيره في زعمه (ونصيب المنكر على زعمه

في الحكم فيخرج إلى الإعتـــلق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت ، ولأبي حنيفة « رح » أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ، ولو كذبـــه كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء ، لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيـــلاد والضمان والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب ، وهذا أمر لازم ولا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد ، وإن كانت أم ولد بينهما

في الحكم ، فيخرج إلى الاعتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت) وهو تلميـذ ظفر الدين المرغيناني في نصف كسبها للمنكر ، ونصفه مرقوق ونفقتها في كسبها، وإن لم يكن لها كسبه فنصف نفقتها على المنكر ، لأن نصف الجارية للمنكر بيقين .

(ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق) بتخفيف الدال (كانت الخدمة كلهـــا للمنكر) لأنها أم ولد له (ولو كذبه) بتخفيف الذال ، أي المقر ، ولو كذبـــه (كان له نصف الخدمة) لأنها قنة بينهما (فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف) ويكون النصف الآ مرقوقاً (ولا خدمة للشريك الشاهد ، ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بـدعوى الاستيلاد والضمان) أما تبرؤه عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد . وأما عن الاستسعـــاء فبدعوى الضمان ، وفي كلامه لف ونشر على ما ترى .

(والاقرار بأمومية الولد) هذا جواب عن قولهما لنقلب إقرار المقر عليه ، كأنـــه استولدها ، تقديره أن الاقرار إقرار أحد الشريكين بأمومية للولد (يتضمن الاقـــرار بالنسب وهذا) أي الاقرار بالنسب (أمر لازم لا يرتد بالرد) لأن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل و كذبه المقر به ، ثم أن ذلك المقر نسب ذلك الصغير لنفسه لا يصح ، لأن النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما) أي

فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يضمن نصف قيمتها ، لأن مالية أم الولد غير متقومه عنده ومتقومة عندهما ، وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى . وجه قولهما أنها منتفع بها وطئاً وإجارة واستخداماً، وهذا هو دلالةالتقوم

بين اثنين (فأعتقها أحدهما وهو موسر) أي والحال أنه موسر (فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) .

(وقالا يضمن نصف قيمتها ، لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده) أي عند أبي حنيفة(ومتقومة عندهما) وهذا هو الأصل في المسألةوقول سائر الفقهاء كقولهما (وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى) وكفاية المنتهى اليوم مفقود ، ولكن المسائل التي تبتنى على الأصل مشهورة مذكورة في الكتب، منها إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده ، وعندهما تسعى ، ومنها إذا ولدت بعد ذلك فادعاه أحدهمايثبت نسبه منه وعتق ، ولا يضمن من قيمته شيئاً لشريكه عنده ، وعندهما يضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسراً أو يسعى الولد في النصف إذا كان معسراً ، ومنها لو غصبه غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمنها عندهما . وفي كوني الرقبات يضمن عندهفي الغصب كما يضمن بالصبي الحر ، حتى لو قربها إلى سبعة فافترسها سبع يضمن ، لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب ، ويضمن بالقتل بالاتفاق ، لأنه ضمان جناية .

ومنها أنه لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لم يضمن عنده ، وعندهما يضمن ، ومنها أن الأمة الحبلى إذا بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد يصلح ، وعليه أن يرد جميع الثمن عنده ، وعندهما يحبس ما يخصه من الثمن .

(ووجه قولهما أنها) أي أن أم الولد (منتفع بها وطئاً) يعني من حيث الوطء (وإجارة) يعني من حيث الاجارة (واستخداماً ، وهذا هو دلالة التقوم) يعني من حيث

وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية ، وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت ، بخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع ، أما السعاية والاستخدام فباقيتان ، ولأبي حنيفة « رح » أن التقوم بالأحراز ، وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع له ،

الاستخدام ، لأن هذه الأفعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم العقد وملك اليمين لا يكون إلا في مال متقوم (وبامتناع بيعها) و [1] عما يقال أن بيعها ممتنع ، وذلك دليل على عدم التقوم . وأجاب – وبامتناع بيعها – أى بيع أم الولد (لا يسقط تقومها، كذا في المدبر) فانه يمنع بيعه ، وهو متقوم ، وكذا بيع الآبق .

ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية) بالاتفاق ، والسعاية إنما تكون إذا بقي التقويم (وهذا) أى وجوب السعاية (آية التقويم) أى علامة التقويم (غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة) يعني من حيث كونها قنة (على ما قالوا) أى على ما قال مشايخنا (لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت) أى موت المولى ، فانها لا تسعى للغرماء ولا للورثة (بخلاف المدبر ، لأن الفائت فيه منفعة البيع . أما السعاية والاستخدام فباقيان) فانه يسعى للغرماء ويخدم مولاه إلى أن يموت .

(ولأبي حنيفة « رح » أن التقويم بالاحراز) بالاقتناء للتمول ، ألا ترى أن العبد قبل الاحراز لا يكون مالاً متقوماً ، والآدمي في الأصل ليس بمال ويصير مالاً باحرازه على قصد التمول ويثبت ملك المتعة تبعاً ، فاذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازه لها ملك المتعة لا لقصد التمول ، فصار في صفة المالية ، لأن الاحراز لم يولد أصلاً فلا يكون متقوماً (وهو محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع له) أي للنسب ، يعني أنها

---

(١) هنا كلام غير مقروء .

ولهذا لا تسعى للغريم ولا لوارث ، بخلاف المدبر ، وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال ، وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة ، إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الإنتفاع ، فعمل السبب في إسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه

كانت تجوز للمالية والتقوم قبل الاستيلاد ، فلما جوز هذا الاستيلاد للنسب كان الاحراز بالتقوم تابعاً لأنه ظهر أن إحرازه كان للنسب (ولهذا) أي ولكونها تحرزاً للنسب (تسعى للغريم ، ولا لوارث بخلاف المدبر) .

ثم أوضح عدم وجوب السعي عليها والفرق بين أم الولد والمدبر بقوله (وهذا) إشارة إلى الفرق بينهما (لأن السبب فيها) أي لأن سبب الحرية في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزية القائمة) بين المولى وأم الولد (بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة) لأنه لما حصل الولد منهما بحيث لا يتمازج أحدهما من الآخر صار أصوله وفروعه كأصولها وفروعها وبالعكس وثبوت الحرية يقتضي عدم التقوم ، لأن الإرقاق حرام (إلا أنه لم يظهر عمله) أي غير أن سبب الحرية لم يظهر عمله (في حق الملك) ولم تعتق حقيقة لأجل (ضرورة الإنتفاع بها) بالإجماع إذا قصده أن يكون فراشه إلى وقت موته (فعمل السبب في إسقاط التقوم . وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت) أي سبب الحرية بعد الموت .

قال الأترازي ، وهذا تناقض من المصنف في كلامه ، لأنه جعل التدبير هنا سببها بعد الموت وجعله في باب التدبير سبباً في الحال . ومذهب علمائنا أن التدبير في الحال بخلاف سائر التعليقات ، فإنها ليست بأسباب في الحال عندنا . قلت هذا ذكره صاحب الكافي وليس منه .

(وامتناع البيع فيه) أي في المدبر ، وهذا جواب عن قولهما ، وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها ، وبالقياس على هذا ينبغي أن لا يمتنع بيع المدبر ، لأنه إذا كان السبب

لتحقق مقصوده فافترقا ، وفي أم ولد النصراني قضينا بمكاتبتها عليه دفعاً للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم

ينعقد بعد الموت ، فلم قلتم بامتناع بيعه ، فأجاب بقوله — وامتناع البيع فيه — (لتحقق مقصوده) أي مقصود المولى من التدبير وهو الحرية ، وإن كان السبب لم ينعقد في الحال لم يدل على سقوط التقوم ، وإنما ظهر أثر انعقاده في حرمة البضع خاصة (فافترقا) أي حكم أم الولد والمدبر من الوجه المذكور .

(وفي أم ولد النصراني) جواب عما قاسا عليه (قضينا) أي حكمنا (بمكاتبتها عليه) أي على النصراني (دفعاً الضرر من الجانبين) في حق أم الولد ، فلئلا يبقى تحت نصراني وهي مسلمة . وأما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجاناً ، ولما كانت هي في معنى المكاتبة كان إذنه في معنى بدل الكتابة (وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم) أي تقوم ما يقابله ، لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر ، وفك الحجر متقوم ، فلذا قلنا أن مكاتبها لم يقتض تقوم أم ولد النصراني . والله أعلم .



باب عتق أحد العبدين

من كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد و دخل آخر فقال أحدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » كذلك إلا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه ، أما الخارج فلان الإيجاب

(باب عتق احد العبدين)

أي هذا باب في حكم عتق أحد العبدين . ولما فرغ من بيان إعتاق بعض عبد واحد شرع في إعتاق أحد العبدين ، لأن أحدهما بعض أيضاً ، لكن قدم الأول لكون الواحد مقدماً على الإثنين .

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان ، فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر ، فقال أحدكما حر ثم مات ولم يبين) أي ثم مات المولى والحال أنه لم يبين ولم يسم كل واحد من العبدين باسم الفعل الذي اتصف به ، قلتم الذي خرج خارجاً والذي دخل داخلاً ، والذي لم يخرج ثابتاً ، ثم إن كان المولى ما دام حياً يؤمر بالبيان ، لأنه هو المجمل ويرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه ، فإذا مات قبل البيان (عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه) أراد بالقول قوله أحدكما حر ، وأراد بالذي أعيد عليه القول الثابت (ونصف كل واحد) أي عتق نصف كل واحد (من الآخرين) وهما الداخلان والخارج (عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح ») .

(وقال محمد « رح » هو كذلك) يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ، ومن الخارج نصفه (إلا في العبد الآخر) وهو الداخل (فإنه يعتق ربعه ، أما الخارج فلأن الإيجاب

الاول دائر بينه وبين الثابت ، وهو الذي أعيد عليه القول ، فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما ، فيصيب كلاً منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعاً آخر ، لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فينتصف بينهما ، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفه ، فما أصاب المستحق بالاول لغى وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه ،

الأول دائر بينه وبين الثابت) بحيث أنه يحتمل أن يراد به هذا أو ذاك ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فينصف بينهما (وهو الذي) أي الثابت (أعيد عليه القول) وهو قوله أحدكما حر (فأوجب عتق رقبة بينهما) أي بين الداخل والثابت (لاستوائهما)لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر (فيصيب كلا منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني) وهو قوله أحدكما حر في المرة الثانية (ربعاً آخر ، لأن الثاني) أي الإيجاب الثاني (دائر بينه) أي بين الثابت (وبين الداخل فينتصف بينهما) أي بين الثابت والداخل لعدم الأولوية .

(غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني) أي بالايجاب الثاني (في نصفه ، فما أصاب المستحق) بفتح الحاء ، أي المستحق (بالعتق الأول) أي بالايجاب الأول (لغى) أي الذى أصاب من النصف الشائع النصف المستحق الأول لغى ، لأن تحرير الحر محال (ما أصاب الفارغ بقي) أي وما أصاب غير المستحق بقي وصح (فيكون له الربع) فينتصف النصف الشائع ، فيعتق بالايجاب الثاني ربع الثابت ، وبالايجاب الأول نصفه (فتمت له) أي للثابت (ثلاثة الأرباع ، ولأنه) أي ولأنه (لو أريد هو) أي الثاني (بالثاني) أي الايجاب الثاني (يعتق نصفه الباقي ،

ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فينتصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف الاول وأما الداخل فمحمد « رح» يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل ، وهما يقولان أنه دائر بينهما ، وقضية التنصيف وإنما نزل أي الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا ، ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف .

ولو أريد به) أي بالايجاب الثاني (الداخل لا يعتق هذا النصف) أي النصف الباقي من الثابت ، فإذاً يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال .

(فينتصف النصف ، فيعتق منه الربع بالثاني) أي بالايجاب الثاني(والنصف الأول) أي يعتق النصف الأول بالايجاب الأول .

(وأما الداخل فمحمد « رح » يقول لما دار الايجاب الثاني بينه) أي بين الداخل (وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع) بالاتفاق (فكذلك يصيب الداخل) يعني الربع (وهما) أي أبو حنيفة « رح » وأبو يوسف « رح » (يقولان إنه دائر بينهما) أي الايجاب الثاني دائر بين الداخل والثابت (وقضية التنصيف) أي قضية هذا الدوران يكون بينهما التنصيف لاستوائهما (وإنما نزل أي الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الأول كما ذكرنا) أي عند قوله – لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل فينتصف – أي يجعل بينهما النصف (ولا استحقاق للداخل من قبل) أي من قبل ذلك (فيثبت فيه النصف) أي يثبت في حق الداخل النصف .

حاصل هذا أن الايجاب الثاني لو أريد به الداخل عتق ، ولو أريد به الثابت يعتق الباقي منه ، ولا يعتق الداخل ، فإذا عتق الداخل في حال دون حال فيتنصف عتق العتق بينهما ، فيعتق نصف الداخل .

قال فان كان القول منـــه في المرض قسم الثلث على هـــذا ، وشرح ذلك أن يجمع بين سهام المعتق وهي سبعة على قولهـــما ، لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ، ومن الآخرين من كل واحد منهمـــا سهمان ، فيبلغ سهام العتق سبعة ، والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث ، فلا بد أن تجعل سهام الورثة ضعف ذلك ، فيجعل كل رقبـة على سبعة ، وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثـــة ويسعى في أربعة ، ويعتق من الباقين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة ، فاذا تأملت وجمعت أسهام الثلث والثلثان ،

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (فإن كان القول منه) أى فان كان القول المذكور من المولى (في المرض قسم الثلث على هذا) على ما ذكر (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق ، وهي سبعة أسهام) وصايا العبيد الثلاثة سبعة ، لأن العتق وصية ، والوصية تنفذ من الثلث ، فيضرب كل بقدر وصيته (على قولهما) أى على قول أبي حنيفـة « رح » وأبي يوسف « رح » (لأنا نجعل كل رقبة على أربعة) أسهم (لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ، ومن الآخرين) بفتح الخاء ، وأراد بهما الداخل والخـــارج (من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة) .

(والعتق في مرض الموت وصية) وكل وصية (ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك ، فيجعل كل رقبة على سبعة أسهم) فاذا كان الثلث سبعة، وثلثاه أربعة عشر (وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثـــة) أسهم (ويسعى في أربعة) أسهم (ويعتق من الباقين) وهما الخارج والداخل (من كل واحد منهما سهـمان) أى يعتق سهمان (ويسعى) أى كل واحد منهـما (في خمسة أسهم ، فاذا تأملت وجمعت أسهام الثلث والثلثان) لأن سهام الوصايا سبعة ، وسهام السعايا أربعة عشر .

وعند محمد « رح » يجعل كل رقبة على ستة ، لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام المعتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر . وباقي التخريج ما مر ، ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ، ومن مهر الثانية ثلاثة أثمانه ، ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد « رح » خاصة

(وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة ، لأنه يعتق من الداخل عنده) أي عند محمد (سهم فنقصت سهام العتق بسهم ، وصار جميع المال ثمانية عشر) لأن الخارج يضرب بسهمين ، والثابت ثلاثة أسهم ، والداخل سهم ، فكان سهام الوصايا ستة ، فاذا كانت الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر لا محالة (وباقي التخريج ما مر) يعني يعلم مما مر ، فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة ، والثالث يعتق منه الثلاثة ويسعى في ثلاثة ، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة ، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر سهماً ، وسهام الوصايا ستة .

(ولو كان هذا) أي هذا الكلام (في الطلاق) وهي مسألة الزيادات يحتج بها محمد عليهما وصورته رجل له ثلاث نسوة (وهن غير مدخولات) يعني لم يدخل بهن ، فقال لامرأتين منهن إحداكما طالق ثم خرجت واحدة منهن دخلت للثالثة ، فقال إحداكما طالق ثم خرجت واحدة منهن ودخلت الثالثة ، فقال إحداكما طالق (ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ، ومن مهر الثانية ثلاثة أثمانه ، ومن مهر الداخلة ثمنه) والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق ، لأن المستحق بالطلاق سقوط على النصف من المستحق بالعتق سويا في الايجاب الثاني (قيل هذا قول محمد خاصة) فلا يكون حجة عليهما ، وكيف يكون حجة .

وعندهما يسقط ربعه ، وقيل هو قولهما أيضاً ، وقد ذكرنا الفرق .
وتمام تفريعاتها في الزيادات

(وعندهما يسقط ربعه ، وقيل وهو قولهما أيضاً) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق ، فقال (وقد ذكرنا الفرق) أي بين العتاق والطلاق (وتمام) بالنصف عطفاً على الفرق ، أي وذكرنا تمام (وتفريعاتها) أي تفريعات هذه المسألة (في الزيادات) أي في شرح الزيادات .

أما الفرق فهو أن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب ، لأنه حين تكلم كان له حق البيان، وصرف العتق إلى أيهما شاء ، ومن الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حراً من وجه وعبداً من وجه ، فإذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحاً من كل وجه ، لأنه دار بين المكاتب والعبد ، إلا أنه أصاب الثابت منه الربع ، والداخل النصف .

وأما الثابتة في الطلاق فمتردده بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية، لأن الخارجة إن كانت المرادة بالإيجاب الأول كانت الثانية منكوحة فيصح الإيجاب الثاني ، وإن كانت الثانية هي المرادة بالإيجاب الأول كانت المعينة ، فيلغو الإيجاب الثاني فجعلت أجنبية من وجه ، فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف المهر وهو الربع موزعاً بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهن الثمن.

أما التفريعات فمنها أن المولى إذا لم يمت ومات الثابت عتق الخارج والداخل ، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت ، فبطلت مزاحمة الثابت ، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل فبطلت مزاحمة الثابت ، هذا عندهما . وأما عند محمد ، فإنما يعتق الخارج لما قلنا ، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بالمؤنة ظهر أن الكلام صحيح بكل حال ، فصار قوله كقولهما ، ومنها أن الداخل إذا مات قبل المولى أو وقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت. فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضاً ، لأنه ظهر أنه كان عبد عند الإيجاب الثاني ، فبطل مزاحمة

ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتي عتق الآخر ،

الداخل بموته ، فإن أوقع العتق الأول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة ، وكذا الداخل لأن المضموم اليه الحر .

وذكر في شرح الزيادات هذا عند محمد ، فأما عندهما يجب أن الخارج الثابت ، لأن الكلام الثاني صحيح معين له الثابت بالكلام الأول ، وبطل الكلام الثاني ، لأن المضمون اليه حر ، وها هنا أن المولى إذا لم يمت ولا العبد أيضاً ، وبين المولى ، فإن عين الخارج بالكلام الأول خير في الآخرين ، لأن الكلام الثاني صحيح بكل حال على هذا الوجه ، وإن عين الثابت بقي الخارج ، وكذا الداخل لأن المضموم اليه حر ، وإن عين الثابت بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الأول ولم يعتق الداخل وإن بين الداخل بالكلام الثاني في تعيين الخارج والثابت بالكلام الأول منها ميراث النساء وهو الربع والثمن يقسم بين الداخلة والأولين نصفين نصف الداخلة ، لأنه لا يزاحمها إلا أحد الأولين والنصف الأخريين الأولبين ، لأن إحداهما ليست بأولى .

ومنها أن الثابت إذا ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لانعدام المزاحمة ، ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر ، فإن ماتت الداخلة كان تخييراً في الأخريين بالكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابت أيضاً لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت ، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، وإن ماتت الخارجة طلقت الثانية ولم تطلق الداخلة .

ومنها أنه إذا لم تمت واحدة منهن لكن الزوج أوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني إن أوقع الطلاق البائن على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الأول .

(ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات) أي أحدهما (أو قال له) أي لأحدهما (أنت حر بعد موتي عتق الآخر) وهذه من مسائل الجامع الصغير ، صورتها فيه

لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلا بالموت ، وللعتق من جهة بالبيع ، وللعتق من كل وجه بالتدبير

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل قال لعبديه أحدكما حر ، ثم باع أحدهما قال يعتق الآخر ، وإن مات أحدهما عتق الآخر ، وكذا لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما طلقت الأخرى . وقال الحاكم الشهيد في الكافي لو قال لعبديه أحدكما حر ثم مات أحدهما أو قتل أو باعه أو رهنه أو دبره عتق الباقي (لأنه لم يبق محلا للعتق أصلاً بالموت) .

فإن قيل يشكل بما إذا قال لأمتيه إحداكما ابنتي أو أم ولدي وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية ، ذكره التمرتاشي . قلنا ليس هو إيقاعاً بصيغة بل إخبار ، ويجوز أن يخبره بهذا عن الحي والميت ، فيرجع إلى بيان الموتى ، فأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي . وفي مسألتنا إنما يتيقن الآخر بعد الموت ، لأن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه ، فصح البيان في فعل يحتمل الإنشاء والميت لا يحتمل الإنشاء ، فتعين الآخر للعتق ، كذا في الإيضاح ، ثم البيان يثبت صريحاً ودلالة ، فالأول كقوله اخترت أن يكون هذا حر باللفظ الذي قلت ، أو يقول أنت حر بذلك العتق أو يقول عتقك بالعتق الشائع .

والثاني كما إذا باع أحدهما مطلقاً أو بشرط الخيار لأحد المتبايعين ولو باع بيعاً فاسداً وقبضه المشتري على ما ذكره في شرح الطحاوي تحفة الفقهاء أو لم يقبضه على ما ذكره في فتاوى الولوالجي أو كاتب أو دبر أو رهن أو أجر ، فانه يكون بياناً في هذا كله أو استخدم أحدهما أو قطع يد أحدهما أو جنى على أحدهما لا يكون بياناً في قولهم ، كذا في شرح الطحاوي . وإن أعتق أحدهما عتقاً مستأنفاً يعتقان جميعاً ، هذا باعتاقه وذاك باللفظ السابق . وإن قال عنيت به المعتق باللفظ السابق صدق في القضاء ، كذا في شرح الطحاوي .

(وللعتق من جهة بالبيع) أي لم يبق العبد محلا للعتق من جهة الذي قال أحدكما حر فتعين الآخر (وللعتق من كل وجه بالتدبير) أي لم يبق العبد محلاً للعتق الملتزم من كل

فتعين الآخر ، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الإنتفاع إلى موته ، والمقصود أن ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة ، وكذا إذا استولدها أحدهما للمعنيين ، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض أو بدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب، والمعنى ما قلنا ، والعرض

وجه بالتدبير لأن المدبر استحق الحرية (فتعين الآخر) دلالة (ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الإنتفاع إلى موته ، والمقصود أن ينافيان العتق الملتزم) أي المقصود بالبيع ، وهو الوصول إلى الثمن والمقصود بالتدبير وهو بقاء الإنتفاع إلى الموت كلاماً ينافيان العتق الملتزم بفتح الزاي ، لأنه يلزم من إثبات أحدهما عدم الآخر ، فلما ثبت التنافي للعتق في أحدهما .

(فتعين له الآخر دلالة، وكذا إذا استولدها أحدهما للمعنيين) أي وكذا المعنيين[1] الأخرى للعتق إذا علقت منه ، وإنما قيدنا بالعلوق ، لأن مجرد الوطء ليس ببيان عند أبي حنيفة « رح » في العتق كما سيجيء إن شاء الله تعالى بعد هذا للمعنيين أراد بهما ما قاله في التدبير ، وهو عدم بقائها للعتق من كل وجه بعد الاستيلاد ، لأنها استحقت الحرية وإبقاء الإنتفاع إلى الموت .

(ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض أو بدونه) أي أو بدون القبض في البيع الفاسد ، لأن تصرف الذي يختص في الملك يوجد في الكل (والمطلق) أي والبيع المطلق عن الخيار أو بشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب أراد بالكتاب الجامع الصغير . والمعنى ما قلنا وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق .

(وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب ، والمعنى ما قلنا والعرض

---

(١) كلمة غير مقروءة ورسمها – الغنيين – اهـ مصححه .

على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف « رح » والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع ، لأنه تمليك ، وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ، وكذا لو وطىء إحداهما لما نبين. ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم يعتق الأخرى عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يعتق لأن الوطىء لا يحل إلا في الملك ، وإحداهما حرة ، فكان بالوطء مستبقياً للملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق ، كما في الطلاق ،

على البيع ملحق بـه) أي بالبيع (في المحفوظ) أي في القول المحفوظ (عن أبي يوسف « رح ») قال في شرح الطحاوي وروى ابن سماعة عن أبي يوسف إذا ساوم أحدهما يكون بياناً يعني أن الآخر يتعين للعتق (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع، لأنه تمليك) قال الأترازي ولنا فيه نظر ، لأنه لم يشترط التسليم في البيع الفاسد أن الملك لا يثبت فيه إلا بعد القبض ، وهنا اشترط التسليم . والحق عندي أن لا يشترط التسليم في الفصلين جميعاً لوجود تصرف يختص بالملك فيهما ، ولهذا ألحق الحكم فيهما جميعاً انتهى . قلت أخذ هذا من صاحب النهاية، فانه قال ذكر التسليم في قوله والهبة والتسليم والصدقة بمنزلة البيع على وجه التأكيد لا على وجه الشرط .

(وكذلك) أي وكذلك تتعين الأخرى للطلاق (لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا) أشار به إلى قوله لأنه لم يبق محلاً للطلاق بالموت (وكذا لووطىء إحداهما) أي أحد المرأتين لا أحد الأمتين (لما نبين) أي في المسألة التي بعد هذه (ولو قال لامتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم يعتق الاخرى عند أبي حنيفة « رح ») وبه قال أحمد (وقالا يعتق) وبه قال الشافعي ومالك في رواية كما في الطلاق ، وفيه الإتفاق (لان الوطء لا يحل إلا في الملك ، وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقياً للملك في الموطوءة ، فتعينت الاخرى لزواله بالعتق ، كما في الطلاق) بأن قال لامرأتيه إحداكما

وله أن الملك قائم في الموطوءة ، لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالاً ، فلا يجعل بياناً ، ولهذا حل وطؤهما على مذهبه ، إلا أنه لا يفتي به ، ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به ، يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة ،

طالق ثم وطىء إحداهما كان بياناً ، وهذا الخلاف فيما إذا تعلق الامة الموطوءة ، فاذا علقت يكون بياناً عند أبي حنيفة أيضاً ، نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي . ولو قال إحداكما مدبرة ثم وطىء إحداهما لا يكون بياناً بالإجماع ، لان التدبير لا يزيل ملك البائع ، كذا في شرح الطحاوي .

(وله) أي ولابي حنيفة (أن الملك قائم في الموطوءة) أي في التي توطأ من كل منهما (لان الإيقاع في المنكرة) أي لان إيقاع العتق إنما هو في المنكرة (وهي معينة) أي الموطوءة معينة غير منكرة (فكان وطؤها حلالاً ، فلا يجعل بياناً ، ولهذا) أي ولاجل قيام الملك في الموطوءة (حل وطؤهما) أي وطء الامتين جميعاً بعد قوله - لهما - إحداكما حرة (على مذهبه) أي على مذهب أبي حنيفة (إلا أنه لا يفتي به) أي بحل وطئهما ، وهو استثناء من قوله حل وطؤهما ، أي يعلم هذا أو لا يفتي به معتمداً لابي حنيفة بترك الإحتياط .

(ثم يقال العتق غير نازل) هذا جواب عما يقال العتق إما أن يكون نازلاً أولاً ، فان كان غير نازل عن مدلوله ، وإن كان نازلاً لا يجوز وطؤها . فأجاب عن كل واحد من الشقين ، فقال على الشق الثاني بقوله ثم يقال للعتق غير نازل (قبل البيان لتعلقه به) أى لتعليق العتق بالبيان ، فان كان كالعتق المعلق به بدخول الدار هو غير نازل قبل الدخول ، فكذا هنا وقال على الشق الاول بقوله (أو يقال نازل في المنكرة فيظهر) أى العتق النازل في المنكرة (في حق حكم تقبله) أى المنكر كالبيع ، فان المنكر لفضله بأن يشترى أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما ، فانه يصح (والوطء يصادف المعينة) أى وطء غير المعينة لا يمكن ، لانه هو حسي لا يقع إلا في المعين .

بخلاف الطلاق ، لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد، فلا يدل على الاستبقاء ، ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينــه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهمــا ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد ،

(بخلاف الطلاق) جواب عما يقال كيف يقع بياناً في الطلاق أجاب بقوله بخــلاف الطلاق طلاق (لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد) أي لأجل صيانــة الولد (أما الأمة فالمقصود من وطئهـا قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) فلا يصير وطآها بياناً للعتق في الأخرى.

(ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينــه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية لا يدري أيها ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد) في شرح الطحــاوي روي عن محمد أنه قال لا يعتق واحد منهم . وفي المبسوط ذكر محمد في الكسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس بجواب هذا الفصل ، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً ، فإن نكل فتكون كإقراره ، وإن حلف كلهم أرقاء .

وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر ، وهو ما إذا قال لأمتيــه إذا كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة ، وإن كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعاً ولا يدرى الأول فالغلام رقيق ، والأمة حرة ويعتق نصف الأم ، لأنها إذا ولدت الغلام أولاً فهي حرة ، والغلام رقيق ، وإن ولدت الجارية أولاً فهي حرة والغلام والأم رقيقان فالأم تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها ، والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين ، إما بعتق نفسهــا أو بعتق الأم . قال صاحب النهاية هو الصحيح . وقال الأترازي ناقلاً عن الكافي وغيره هذه المسألة على وجوه ستة فلنذكرها ملخصة :

لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إن ولدت الغلام أول مرة الأم بالشرط والجارية

أحدها : أن يتصادقوا على أنهم لا يدرون أيهما ولد أولاً، يعتق من الغلام والجارية النصف ، ويسعى كل واحد منهما في النصف .

الثاني : أن تدعى الأم أن الغلام ولد أولاً وأنكر المولى ذلك وقال إن الجارية هي الأول وهي صغيرة فالقول قول المولى مع يمينه على العلم ، فإن حلف لا يثبت عتق واحدة، فان نكل عتقت الأم والجارية وهي إذا كانت صغيرة تصير الأم خصماً عنها ، لكون حريتها نفعاً محضاً ، فيعتقا جميعاً . قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ، وإنما تصح الأم عن البيت ما دامت صغيرة ، وإن كانت كبيرة لا يصح .

الثالث : أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولاً لا يعتق أحد لانعدام شرط العتق .

الرابع أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولاً تعتق الأم لوجود شرط العتق ، وكذا الجارية تبعاً للأم والغلام عبد ، لأنه زال عنها في حال الرق ، ولا يعتق تبعاً لها .

الخامس : أن تدعي الأم إلى الغلام أول ، ولم تدع الجارية شيئاً وهي كبيرة حلف المولى على العلم ، فان حلف لا يثبت عتق أحد ، وإن نكل عتقت الأم دون الجارية .

السادس : أن تدعي الجارية ولم تدع الأم شيئاً ، فان المولى لا يثبت عن الواحد وإن نكل مع الجارية دون الأم .

وقال الحاكم في مختصر الكافي ولو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة جارية فهي حرة فولدتها ، فان علم أيهما أول عمل على ذلك ، وإن لم تعلم ، واتفق الأم والمولى على شيء فكذلك . وإن قال لا تدري فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم .

(لأن كل واحدة منهما) أي من الغلام والجارية (يعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة) عتقت (الأم بالشرط) أي يعتق الأم بالشرط (والجارية) أي يعتق الجارية

لكونها تبعاً لها إذ الأم حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف، أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية ، لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً ، فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية ، لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى ، فلم يظهر في حق الجارية ،

(لكونها تبعاً لها إذ الأم حرة حين ولدتها وترق) أي الأم (في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف ، أما الغلام يرق في الحالين ، فلهذا يكون عبداً ، وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى،والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) أي القول قول المولى مع اليمين على العلم (لإنكاره شرط العتق ، فان حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا) أي الغلام والجارية .

(ولو كانت الجارية كبيرة فلم تدع شيئاً ، والمسألة بحالها) أي ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى (عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية ، لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى ، فلم يظهر في حق الجارية) أي حرية الجارية الكبيرة .

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا ، والتحليف على العلم فيما ذكرنا ، لانه استحلاف على فعل الغير وهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى . قال وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة « رح » إلا أن يكون في وصيته استحساناً ذكره في العتاق وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج أن يطلق

(ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا) أشار به إلى قوله — وصحة النكول تبتنى على الدعوى — (والتحليف على العلم فيما ذكرنا ، لانه استحلاف على فعل الغير ، وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه ، في كفاية المنتهى) أي وبهذا القدر من البيان لا يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلاً في كتاب كفاية المنتهى ، وأراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها آنفاً والاربعة من الوجوه مذكورة في الكتاب يقف عليه المتأمل الفطن .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا شهد رجلان على رجل أن أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله) بخلاف الشهادة على طلاق أحد نسائه ، فانها جائزة بالإجماع على البيان ، وعلى إعتاق أحد عبديه كذلك عندهما ، وعند أبي حنيفة وهي باطلة (إلا أن تكون) أي الشهادة (في وصيته اهتحساناً) أي استحسنه بأن قال رجل في مرض موته أحد عبدي حر ثم يموت الرجل ويترك ورثته فينكرون ، فالشهادة جائزة (ذكره في العتاق) أي ذكر الاستحسان في عتاق الاصل ، وقال لو قال الشاهد إن كان هذا عند الموت استحسن ، أي يعتق من كل واحد منهما نصفه .

(وإن شهدوا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج أن يطلق) أي على

إحداهن ، وهذا بالإجماع . وقال أبو يوسف ومحمـــد « رح »
الشهادة في العتق مثل ذلك ، وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد
لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما
تقبل والشهادة على عتق الامة وطـــلاق المنكوحة مقبولة من غير
دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة . وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده
لم يتحقق في مسألة الكتاب ، لان الدعوى في المجهول لا يتحقق
فلا تقبل الشهادة ، وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم
الدعوى، أما في الطلاق فعـــدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة،
لانها ليست شرط فيها ، ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند
أبي حنيفة « رح » وإن لم يكن الدعوى شرطا فيه ،

أن بيان (إحداهن ، وهذا بالإجماع . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » الشهـادة في العتق مثل ذلك) ويؤمر بأن يوقع العتق على إحداهما (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة ، وعندهما تقبل) وبه قال الشافعي ومالك وأحمـــد « رح » (والشهـــادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق ، والمسألة معروفة ، وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده) أي عند أبي حنيفـة (لم يتحقق) أي الدعوى (في مسألة الكتاب) أي في مسألة كتاب الجـــامع الصغير (لان الدعوى في المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة، وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق ، فعدم الدعوى لا توجب خللاً في الشهـادة) أي لان الدعوى (ليست شرط فيها) أي في الطلاق .

(ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة «رح» وإن لم يكن الدعوى شرطاً فيه) أي في حق الامة الواحدة ، هذا كأنه صورة فنص على أبي حنيفة ورفعـــه

لأنه إنما يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنـــده على ما ذكرناه ، فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين ، وهذا كله إذا شهد في صحته على أنه أعتق أحد عبديه ، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهد على تدبيره في صحته أو في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً ، لان التدبير حيثما وقع وقع وصية ، وكـــذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهومعلوم،

المصنف بقوله (لانه إنما يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق)ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعـــده زنا ، واعترض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه ، وذلك أيضاً حق الله ، فوجب أن يشفعه الشهادة فيه عن الدعوى . والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ، ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن يكون من الكبائر فالتسوية عليهما خطأ .

(والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده) أي عند أبي حنيفة (على ما ذكرناه) يعني بقوله أن الملك قائم في الموطوءة ، ولهذا حل وطؤها (فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين) فان الشهادة فيه باطلة عنده كما مر (وهذا كله) أي هذا المذكور كله (إذا شهد) أي الشاهد أن (في صحته) أي في صحة الرجل على (أنه أعتق أحد عبديه ، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهد على تدبيره) أي على أنـــه دبر أحد عبديه (في صحته أو في مرضه) فان هذه الشهـــادة لا تقبل في القياس ، وتقبـــل في الاستحسان ، وهو معنى قوله (وأداء الشهـــادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبـــل استحساناً ، لان التدبير حيثما وقع وقع وصيـــة) يعني سواء وقع في حال الصحـــة أو في حال المرض .

(وكذا العتق في مرض الموت وصية ، والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهومعلوم)

وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ، ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما ، فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً ، ولو شهد بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر قد قيل لا يقبل ، لأنه ليس بوصية ، وقيل تقبل للشيوع

لان تنفيذ الوصايا حق الميت ، فكان الميت مدعياً تقديراً (وعنه خلف) أي وعن الموصي خلف (وهو الوصي أو الوارث) فتقبل الشهاده (ولان العتق في مرض الموت) هـذا دليل ثان بوجه الاستحسان (يشيع بالموت فيهما) أى في العبدين (فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً) لانه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان ، فكان إيجاباً لهما ، ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما .

(ولو شهد بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر فقد قيل لا تقبل) أي هذه الشهادة (لانه ليس بوصية ، وقد قيل تقبل للشيوع) أي لشيوع العتق فيهما ، فكان كل واحد منهما خصماً متعيناً ، فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة ، أو إنما قال بلفظ قيل لا نص فيه عن أصحابنا ، ولكن المشايخ اختلفوا فيه . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وإن شهد بعد موته أنه قال في حياته وصحته أحدكما حر فلا نص فيه . واختلف مشايخنا في قول أبي حنيفة أن الطريق هو الوصية لم تقبل هاهنا ، وأن الطريق هو إيشاع قبلت النية ها هنا ، والصحيح أن تقبل لجواز أن تكون معلولاً بعلتين ، فتعدى بأحدهما والله أعلم .

* * *

باب الحلف بالعتق

ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت ، إلا أنه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين ، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ،

(باب الحلف بالعتق)

أي هذا باب في بيان حكم الحلف بالعتق ، والحلف بكسر اللام مصدر من حلف بالله يحلف حلفاً . والحلف أن يجعل العتق جزاء على الحلف بأن يعلق العتق بشيء ، ولما كان المعلق قاصراً في السببية أخر التعليق عن التنجيز .

(ومن قال إذا دخلت هذه الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر ، وليس له مملوك) يعني زان الحلف (فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق) اعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتري به بعد اليمين ، وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه ، فكان كما لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر ، فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك . وأجيب بأنه وجد الإضافة فيما ملك دلالة ، لأن قوله كل مملوك لي يومئذ معناه إن ملكت مملوكاً وقت دخول الدار فهو حر ، بخلاف تلك المسألة لأنه لم يوجد فيها الإضافة لا صريحاً ولا دلالة .

(لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت الدار ، إلا أنه أسقط الفعل) وهو قوله دخلت (وعوضه بالتنوين ، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول) لأن قوله يومئذ ظرف بقوله كل مملوك فيعتق كل مملوك له سواء كان مستحدثاً بعد اليمين أو لم يكن إذا وجد في ملكه

وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكـــه حتى دخل عتق لما قلنا ، ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق ، لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول لا يتناول من اشتراه بعد اليمين . ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعداً

حينئذ ، أعني وقت الدخول ، لأنه علق حرية المملوك المضاف إلى ذلـك الوقت بالدخول بخلاف ما إذا لم يذكر قوله يومئذ ، بل قال إذا دخلت الدار فكل ممـلوك حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف ، لأنه أرسل الملك إرسالاً ، والملك المرسل يراد به الحال ، لأن المستقبل هو هو فلا يعتبر ، فصار كأنه قال كل مملوك لي في الحال ، فلو علق هذا الذكر الحال لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف ، فكذا هذا .

(وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنـــا) أشار به إلى قوله – المعتبر قيام الملـــك وقت الدخول – قال (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) أي لم يعتق ما اشتراه بعد الحلف وقد ذكرنا وجهـه (لأن قوله كل مملوك لي للحال) يعني يراد به الحال (والجزاء حرية المملوك في الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا بقي على ملكه وقت الدخول لا يتناول ما اشتراه بعد اليمين) فصار كأنه قال كل مملوك لي في الحال فهو حر إذا دخلت الدار يعتق ما كان في ملكه دون ما يستملكه ، فكذا هذا .

(ومن قال كل مملوك لي ذكر) بجر – ذكر – لأنه صفة المملوك (فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق) لأن المملوك مطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل (وهذا) أي وهذا الحكم (إذا ولدت) الجارية المذكورة (لستة أشهر فصاعداً

ظاهر لأن اللفظ للحال، وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده ، وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعاً للام لا مقصوداً ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفرداً . قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها ، وإن قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد غد ،

ظاهر ، لأن اللفظ للحال ، وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال) يعني يحتمل أن يكون الحمل وقت اليمين ، ويحتمل أن لا يكون (لوجود أقل مدة الحمل بعده) أي بعد وقت اليمين .

(وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعاً للأم لا مقصوداً) ألا ترى أنه لو أعتقه عن كفارة يمينه لا يجوز (ولأنه) أي لأن الجنين (عضو من وجه) بدليل أنه ينتقل بانتقال أمه ويتغذى بغذائها (واسم المملوك المطلق يتناول الأنفس الكاملة دون الأعضاء ، ولهذا لا يملك بيعه) أي بيع الجنين حال كونه (منفرداً) لكونه عضواً من أعضائها .

(قال) أي المصنف (وفائدة التقييد بوصف الذكورة) يعني في كل مملوك لي ذكر فهو (أنه لو قال كل مملوك لي فهو حر) بدون لفظ ذكر (يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها) أي للحامل ، والدليل على هذا ما أورده الولوالجي في فتاواه بقوله (لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد) وله عبد وأمهات أولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعاً إلا المكاتبين لأنه أوجب العتق لكل مملوك مضاف اليه بالمملوكية مطلقاً ، وهذا متحقق فيما ذكرنا ، لأنه يملكهم رقبة لا يدا مملوك أملكه حر بعد غد قوله — بعد غد — ظرف لقوله — حر— لا لقوله — أملكه الحال — .

أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له من غير قرينة ، وللاستقبال بقرينة سين أو سوف

(ولو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد) بعد هنا مرفوع لأنه فاعل جاء لأن بعد معرف وليس بمبني ، وإنما ينتصب في مواضع على الظرفية (عتق الذي) أي المملوك الذي (في ملكه يوم حلف ، لأن قوله أملكه للحال حقيقة) بالرفع ليكون خبر إن ، ويجوز النصب على التمييز (يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له) أي للحال (من غير قرينة ، وفي الاستقبال بقرينة السين أو سوف) وقال صاحب النهاية وهذا التقدير يخالف رواية أهل النحو هي أنه مشترك بين الحال والاستقبال . وقال الأكمل وظاهر تقرير المصنف يدل ما قاله صاحب النهاية . وقال الكاكي قيل ما ذكروه بحسب الإستعمال لا بحسب الوضع ، والشيخ ذكره بحسب الوضع ، لأنهم وضعوا صيغاً للماضي وصيغا للاستقبال ، وهي الأمر والنهي ، فوجب أن يكون أفعل للحال ، لأن الأصل أن يكون لكل معنى لفظاً على حدة ، فوجب أن يكون للحال يقيناً للاشتراك والترادف .

وفي المحيط — أملك — وإن كان حقيقة للاستقبال إلا أنه صار للحال شرعاً كما في الشهادة ، وعرفا كما يقال أملك كذا درهماً ، فكان كالحقيقة في الحال . وفي الذخيرة صيغة أفعل للحال حقيقة ، وهو مذهب محققي النحويين ، وبعد هذا اختلف عبارات المشايخ قيل للحال أحق ، إذ ليس للحال صيغة سوى هذا ، بخلاف الاستقبال ، كما في أشهد وأصلي ، وكما يتعين للاستقبال في قولك أتزوج وأسافر . وقال الأترازي قال بعضهم في شرحه تقرير صاحب الهداية يخالف رواية النحو ، لأنه قال — أملكه — للحال حقيقة إلى قوله — أو سوف — وأهل النحو قالوا إن المضارع مشترك بين الاستقبال والحال . قلت لا نسلم المخالفة ، لأن كونه للحال حقيقة ، لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس

فيكون مطلقة للحال ، فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد ، فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ، ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبراً والآخر ليس بمدبر ، وإن مات عتقا من الثلث .

بحقيقة ، لأن المشترك يدل على كل واحد من المعنيين سبيل الحقيقة ، لكنه سبيل البدل ، ويرجح أحدهما بالدليل إذا وجد ، وقد وجد هنا عند الإطلاق دليل على إرادة الحال ، لأن الحال موجود . فلا يعارضه المستقبل المعدوم الموهوم ، انتهى كلامه .

قلت أراد بقوله قال بعضهم في شرحه صاحب النهاية . وقال الأكمل وقال بعض الشارحين وأراد به الأترازي ثم ساق كلام الأترازي إلى قوله المعدوم الموهوم، ثم قال أقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح ، لأن المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة ، وليس النحويون مجتمعين على أن المضارع مشترك ، بل منهم من قال أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك ، ولعله مختار المصنف ليتبادر الفهم اليه .

(فيكون مطلقة) أي فيكون مطلق الملك (للحال وكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد ، فلا يتناول ما يشتري به بعد اليمين . ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى أخرى) أي مملوكاً آخر (فالذي كان عنده وقت اليمين مدبراً ، والآخر ليس بمدبر) أي ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وإن مات) أي المولى (عتقاً من الثلث) مشتركين فيه .

وقال أبو يوسف « رح » في النوادر يعتق ما كان ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه ،وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر ، له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه، ولهذا صار هو مدبراً دون الآخر ، ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث ، وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة

(وقال أبو يوسف في النوادر يعتق ما كان ملكه يوم حلف)يعني بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لأن اللفظ حقيقة للحال ، وهو المراد ، فلا يجوز أن يكون غيره مراداً على أصلنا (وعلى هذا) أي على هذا الحكم (إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر) يعني يكون الذي عنده يوم الحلف مدبراً ، والذي اشتراه بعده ليس بمدبر (له) أي لأبي يوسف « رح » (أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه) عند قوله فيكون مطلقة للحال ، أي قوله بعد اليمين (فلا يعتق به) أي باللفظ المذكور (ما سيملكه بعدحلفه، ولهذا) أي ولأجل ذلك (صار هو) أي الذي في ملكه يوم الحلف (مدبراً دون الآخر) وهو الذي يملكه بعد اليمين .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن هذا) أي قوله كل مملوك أملكه ، وقوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي (إيجاب عتق وإيصاء) أي وصية . أما إيجاب عتق فبقول كل مملوك أملكه أو لي فهو حر ، وأما إنه إيصاء ، فبقول بعد موتي (حتى اعتبر من الثلث) في الموجود عند الحلف بالاتفاق (وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة) أي المتربصة (والحالة الراهنة) أي الحاضرة التي تقال الآن ، وسميت بالراهنة ، لأن الرهن هو الحبس ، والمرء محبوس فيها ، إلا فيما قبلها ولا فيما بعدها .

ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية ، وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها ، والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ، فمن حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة ، فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة ، وهي حالة الموت ،

ثم أوضح ذلك بقوله (ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية) بأن قال ثلث مالي لفلان بعد موتي فاكتسب بعد ذلك مالاً ثم مات ، للموصى به ثلث ما كان موجود عند الموت (وفي الوصية) أي يدخل في وصية (لأولاد فلان من يولد له بعدها) أي بعد الوصية إذا عاشوا إلى وقت الموت (فالإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه) وهو الشراء ، قال الأترازي لما ذكرنا قبل هذا بقوله لهما أن هذا إيجاب عتق ، وأيضاً أن فيه الإيجاب وجهه الإيصاء فيراعى كل واحد منهما ، ثم الإيجاب إنما يصح إذا أضيف إلى الملك أو إلى سبب الملك (فمن حيث أنه) أي قوله — كل مملوك أملكه —(إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً) أي المملوك مدبراً (حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه) أي أن قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي (إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة وهي حالة الموت) ويصير مدبراً بعده، ولا يصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه .

وقال الكاكي قوله — فالإيجاب — إنما يصح جواب سؤال مقدر ، وهو على وجهين أحدهما أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً لا في الحال ، ولا في المآل ، لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ، وليس أحدهما في حقه . فأجاب عنه وقال إنما يتناول باعتبار الإيصاء لا باعتبار الإيجاب الحالي . والثاني : وهو أن يقال ينبغي أن يكون المشتري مدبراً مطلقاً حال شرائه ، لأن التدبير في كل مدبر إنما يكون

وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر ، بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم ، لانه تصرف واحد ، وهو إيجاب العتق ، وليس فيه إيصاء ، والحالة محض استقبال فافترقا، ولا يقال أنكم جمعتم بين الحال والاستقبال ، لانا نقول نعم لكن لسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية ،

على وجه الإيصاء حتى يعتبر من الثلث . وفي الإيصاء لا يتفاوت الحالي والمستحدث . كما لو أوصى بثلث ماله يدخل فيه الحالي والمستحدث . فأجاب عنه فإن إيجاب التدبير مطلقاً إنما يكون عند إضافة التدبير إلى الملك أو إلى سببه ولم يوجد في حق المستحدث ، انتهى .

(وقبل الموت حالة التملك استقبال محض) قيل هذا إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف « رح » تقريره أن أبا يوسف قال فيما يروى عنه أبو طاهر الدباس في النوادر أن اللفظ حقيقة للحال فلا يعتق به ما يستملكه ، وتقرير الجواب أن قبل الموت حالة التملك استقبال محض (فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر) لدخوله تحت الحالة المتربصة ، فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية (بخلاف قوله بعد غد) أي بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لي حر بعد غد (على ما تقدم) عند قوله – وإن قال كل مملوك أملكه بعد غد . . – إلى آخره (لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال) لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك أو إلى سببه (فافترقا) أي الحكمان المذكوران .

(ولا يقال أنكم جمعتم بين الحال والاستقبال) قال الأكمل هذا إشارة إلى جواب أبي يوسف « رح » (لأنا نقول نعم) وفيه جمعنا بين الحال والاستقبال (لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق وإيجاب وصية) حاله أنه دخل ما ملكه تحت هذا الإيجاب بحكم الوصية لا

بحكم الإيجاب ، وفعل ما يملكه باعتبار الإيجاب لا بحكم الوصية ، فلم يكن جمعاً بين الحال والاستقبال بسبب واحد (وإنما لا يجوز ذلك) أى الجمع بين الحال والاستقبال إذا كان (بسبب واحد) قال الأترازي صاحب الهداية سلم السؤال كماترى ، والأولى أن يمنع بأن يقال لا نسلم جمعنا بينهما ، لأن الحالة المتربصة ما أريدت باعتبار أنها استقبال ، بل باعتبار أنها حال محكية مقصودة ، فلا يرد هذا السؤال .

وقال الأكمل ولعل أبا يوسف أراد بقوله — بسببين مختلفين — إيجاب عتق وصيــة للألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام ، لأن الحقيقة والمجاز في صفات اللفظ وفيه نظر ، لأنه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال وكونــه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت . ولو قال هذا الكلام تدبير ، والتدبير حيثما وقع وقع وصية ، والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة ، فيدخل تحتــه ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت وما بينهما ، فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله يكون أشد تأنيباً وأسلم من الإعراض ، والله تعالى أعلم .



باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ؛ وذلك مثل أن تقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم، وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال، إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال ، كما في البيع ، فإذا قبل صار حراً

(باب العتق على جعل)

أي هذا باب في بيان حكم العتق على جعل ، والجعل بضم الجيم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله ، وكذا الجعلة والجعالة بفتح الجيم ، وبه صرح العبسي في شرح غريب الحديث ، وأثبت في الصحاح بكسر الجيم ، ولم يذكر في تهذيب ديوان الأدب في باب فعال بكسر الفاء ، بل ذكره في مفتوح الفاء والجعل بفتح الجيم مصدر ، وبالضم إسم يقال جعلت لك ، كذا جعلاء وجعلاء وهو الأجرة على الشيء قولاً أو فعلاً ، وإنما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل في باب العتق .

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ، وذلك مثل ان تقول أنت حر على الف درهم أو بألف درهم) وكذلك لو قال على الف تؤديها أو على أن تعطيني الفاً أو على أن تجيئني بألف قوله عتق مثل قتل (وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال ، إذ العبد لا يملك نفسه ، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم) أراد به العتق هنا (بقبول العوض للحال كما في البيع) فإنه إذا قال اشتريت بعد أن يقول البائع بعت يقع العقد (فإذا قبل صار حراً) .

فإن قلت كلمة على الشرط فيكون العتق معلقاً بشرط أداء الألف كما لو قال إن أديت

وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة ، لأنه ثبت مع المنافي ، وهو قيام الرق على ما عرف ، وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان ، وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال ، فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد ، وكذا الطعام والمكيل والموزون

إلي الفاً قالت إنما يكون على الشرط إذا دخلت علي يكون على خطر الوجود ، لأن ذلك في الأفعال دون الأعيان ، لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال .

(ما شرط دين عليه) أي الذي شرط على العبد دين عليه (حتى تصح الكفالة به) لأنه يسعى ، وهو حر بخلاف بدل الكتابة ، حيث لا تصح به الكفالة (لأنه) أي لأن بدل الكتابة (ثبت مع المنافي وهو قيام الرق) وكان ثبوته على خلاف القياس ، فالقياس يبقى أن يستوجب المولى الدين على عبده ، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب ، وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ، ولم يعد إلى الكفالة على ما عرف في كتاب المكاتب ، وهو أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً .

(وإطلاق لفظ المال) يعني في قوله - ومن أعتق عبده على مال - (ينتظم أنواعه) أي أنواع المال (من النقد والعرض والحيوان ، وإن كان بغير عينه) يعني وإن كان الحيوان غير معينة بأن يكون ديناً في الذمة . ولكن أراد به النوع بأن قال فرس أو حمار (لأنه) أي لأن الإعتاق على مال (معاوضة المال بغير المال) وهو الحرية (فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد) وجه المشابهة من حيث أن الحيوان يثبت ديناً في الذمة في هذه العقود ، فكذا هنا ، وبه قال مالك وأحمد « رح » . وفيه خلاف الشافعي ، فإنه اعتبره بالبيع والإجارة ، وقد مر الكلام في النكاح (وكذا الطعام) أي وكذا يجوز أن يكون الطعام عوضاً عن الإعتاق ، بأن قال أعتقتك على مائة قفيز من الحنطة (والمكيل) بأن قال أعتقتك على مائة كيل من الشعير ونحوه مما يكال (والموزون) بأن قال أعتقتك على مائة من العسل ونحوه مما يوزن .

إذا كان معلوم الجنس لا تضره جهالة الوصف ، لأنها يسيرة قال ولو علق عتقه بأداء المال صح

(إن كان معلوم الجنس) هذا قبل الكل (لا يضره جهالة الوصف) بأن لم يذكر[1] والرداءة والربيعية والخريفية (لأنها يسيرة) فكانت عفواً فيما كان عوضاً عما ليس بمال كالمهر ، فلم يمنع صحة التسمية . وفي التحفة ولو أعتق على عرض في الذمة بعينه وهو ملك غيره فإنه يعتق بأن أجاز المالك المستحق عينـــه جاز ، وإن لم يجز يجب على العبـــد قيمـــة رقبته .

وكذلك لو أعتق على عرض بغير عينه معلوم الجنس جاز ، وإن كان موصوفاً فعليه التسليمة . وإن لم يكن موصوفاً فعليه الوسط من ذلـــك ، فإن جاء بالقيمـــة أجبر المولى على القبول كما في المهر ، ولو أعتقـــه على مجهول الجنس بأن قال أنت حر على ثوب يعتق ويلزمه قيمة مثله ، لأن جهالة الجنس تمنع صحة البدل كما في المهر وأدى فاستحق من يد المولى إن كان بغير عينة في العدة ، فعلى العبد مثله ، لأنه لم يعجز عن الذي هو موجب العقد ، وإن كان غنياً في المقد ، وهو عرض أو حيوان فإنه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف .

وقال محمد « رح » يرجع بقيمة المستحق فعلى هذا الخلاف إذا باع نفس العبد منـــه بجارية ثم استحقت الجارية أو هلكت قبل التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبـــد ، وعنده يرجع بقيمة الجارية . وفي الكافي للحاكم فإن اختلفا في المال فالقول قول العبد ، بيـــانه ما قالت في الشامل قال المولى أعتقتك على وصيف . وقال العبد على كر حنطـــة فالقول قول العبد مع يمينه ، لأن العبد لو أنكر أصل المال كان القول قوله فكذلك وصفه والبينة للمولى ، وقال في الشامل أيضاً اختلفا في قدر المال فالقول للمولى والبينـــة للعبد ، لأن القول في أصل العقد ، وكذلك في صفته .

(قال ولو علق عتقه بأداء المال صح) أي قال القدوري لو علق الرجل عتق عبده

---

(١) هنا كلمة مكشوطة ، اهـ مصححه .

وصار مأذوناً ، وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي الف درهم فأنت حر ، ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتباً ، لانه صريح في تعليق العتق بالاداء ، وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى . وإنما صار مأذوناً لانه رغبة في الاكتساب بطلبه الاداء منه ، ومراده التجارة دون التكدي ، فكان إذناً له دلالة ،

بأداء المال صح العتق ، فلا يعتق قبل الأداء ، ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد ، ولا يرتد برده وللمولى أنه يبيعه قبل الأداء ، كما في التعليق بسائر الشروط (وصار) أي العبد (مأذوناً) يسعى في التكسب لأداء المال (وذلك) أي تعليقه بأداء المال (مثل أن يقول إن أديت إلي الف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح) أي معنى قول القدوري (أنه) أي أن العبد (يعتق عند الأداء) أي أداء المال المشروط (من غير أن يصير مكاتباً) يعني لا يثبت له أحكام المكاتبين ، حتى لو مات وترك ديناً ، فما لمولاه لمولاه ، ولا يؤدي عنه، ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه ما في يده من أكسابه. ولو كانت أمة فولدت ثم أدت لم يعتق عبدها ، ولو حط المال وأبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتباً لكان الحكم على عكس ما ذكره في الجميع .

(لأنه) أي لأن قول المولى إن أديت إلي الف درهم فأنت حر (صريح في تعليق العتق بالأداء ، وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء) أي عند أداء المال (على ما نبين إن شاء الله تعالى) أي بعد خطوط عند قوله ولما أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود (وإنما صار مأذوناً لأنه رغبة في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده التجارة) يعني من الترغيب في الاكتساب لأنها هي المشروعة عندالاختيار (دون التكدي) لأنه بدل مرء وينجسه . والتكدي في الأصل لفظ فارسي ومعناه السؤال من الناس والدوران فيه (فكان) أي حقه على أداء المال (إذناً له دلالة) أي من حيث الدلالة ، لأن مراده التجارة ، ولا يتمكن من ذلك إلا بالإذن إما صريحاً وإما دلالة .

وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبـــد، ومعنى الإخبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخليـة . وقال زفر « رح » لا يجبر على القبول وهو القياس ، لانه تصرف يمين، إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً ، ولهـذا لا يتوقف على قبول العبـد ، ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الإيمان ، لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط ، بخلاف الكتابة لانها معاوضة والبـــدل فيها واجب .

(وإن أحضر المال) أي وإن أحضر العبد المال المشروط (أجبره الحاكم) أي أن المولى (على قبضه وعتق العبد) لأنه قام بما شرط عليه (ومعنى الإخبار فيه) أي في هذا الموضع (وفي سائر الحقوق) كالثمن ، وبدل الخلع وبدل الكتابه وما أشبهها (أنه) أي أن المولى (قابضاً بالتخلية) وهو رفع اليد والموانع . وقال الكاكي شرطها أن لو يمد يده أمكنه قبضه ، وهو قول الشافعي أن يكون معنى الإجبار في القبض ما هو المفهوم عند الناس ، وهو أن يكره على القبض بالتراجم بالضرب والجنس .

(وقال زفر لا يجبر عل القبول ، وهو القياس ، لأنه تصرف يـــين) وليس المراد اليمين بالله واليمين بغير الله هو الشرط والجزاء (إذ هو) أي لأنه (تعليق العتق بالشرط لفظاً) احترازاً عن الكتابة ، فإنها ليست بتعليق لفظي ، فإنه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة ، وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه (ولهذا) أي ولأجل ذلك (لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ) ويمكن أن يبيعـه قبـل الأداء (ولا جبر عل مباشرة شروط الإيمان) هذا متصل بقوله ـ لأنــه تصرف يمين ـ (لأنه لا استحقاق قبـــل وجود الشرط) فصار كالتعليق بدخول الدار (بخـلاف الكتابة) حيث يجبر فيها (لأنها) أي لأن الكتابة (معاوضة والبدل فيهــا واجب) فلذلك يجبر .

ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ، ومعـاوضة نظراً إلى المقصود ، لأنـه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ، ولهـذا كان عوضاً في الطـلاق في مثل هذا اللفظ ، حتى كان بائناً ، فجعلناه تعليقاً في الابتداء عمـلاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعـه ولا يكون العبد أحق بمكاتبته ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء ،

(ولنا أنه) أي أن قول الرجل إن أديت إلى البقـاء فأنت حر (تعليق نظراً إلى اللفظ) لأن فيه حرف الشرط (ومعاوضة نظراً إلى المقصود) أى مقصود المولى ، وهو حصول المال ، ومقصود العبد وهو حصول الحرية . وأوضح ذلك بقوله (لأنه) أى لأن المولى (علق عتقه بالأداء) أى بأداء المال (إلا ليحثه) أى ليحرضه (على دفع المـال فينال العبد شرف الحرية والمولى) أى ولينال المولى (المال بمقابلته) أى بمقـابلة العتق (بمنزلة الكتابة) فإنها معاوضة في الأصل ، ومعنى الشرط تابع ، ولهذا إذا مات المولى لا تنفسخ الكتابة .

(ولهذا) أى ولأجل كون المال بمقابلة العتق معاوضة نظراً إلى المقصود (كان) أى المال (عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ) نحو ما إذا قال إن أديت إلي الفاً فأنت طالق (حتى كان) أى الطلاق (بائناً) إذا طلقها بهذه الصفة لوقوعه على عرض (فجعلنـاه) أى فجعلنا قول المولى إن أديت إلي الفاً فأنت حر (تعليقاً في الإبتداء) أى في أول الأمر (عملاً باللفظ) وهو كونه بحرف الشرط (دفعـاً للضرر عن المولى) أى لأجل دفع الضرر عن المولى .

(حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاتبتـه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء) أي قبل أداء المال بأن قال لأمته إن أديت إلي الفاً فأنت حرة . ثم ولدت ثم

وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للضرر عن العبد ، حتى يجبر المولى على القبول

أدت المال لم يعتق الولد معها (وجعلناه) أي القول المذكور (معاوضة في الانتهاء) أي في انتهاء الأمر (عند الأداء) أي أداء المال (دفعاً للضرر عن العبد) فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية (حتى يجبر المولى على القبول) أي قبول المال . ولو أجبر المولى لا يتضرر به لأخذ العوض وقد رضي بالعتق بأدائه حيث علقه.

فإن قيل لا يمكن جعله معاوضة أصلاً ، لأن البدل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك المولى ، لأنه قبل الأداء عبد وهو وما في يده لمولاه . أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة ثبت شرط صحته اقتضاء ، وهو أن يصير العبد أحق بالمولى ، فيثبت بهذا سابقاً على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كانت عبده على نفسه وماله كان الكسب مالاً قبل الكتابة ، فإنه يصير أحق لذلك المال ، حتى لو أدى ذلك عتق ، ذكره صاحب النهاية ثم قال كذا في مبسوط شيخ الإسلام . وقال الأكمل وفيه نظر من وجهين . أحدهما أن معنى ثبوت الكتابة هو المعارض ، فلا بد من إثباته . والثاني : أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلاً عن حصول اقتضاء ، ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلا يصحه العتق على مال ، وفيه معنى التعليق أولى ، فيكون ملحقاً بالكتابة دلالة .

وقال الأترازي فإن قلت كيف يصح جعله معاوضة والعوض والمعوض عن المولى جميعاً. قلت هذه مغالطة ، لأن العوض هنا هو العتق ، وهو يحصل للعبد لا للمولى.

فإن قلت ترد عليكم الأحكام منها إذا قال إن أديت إلي خمراً فأنت حر ، حيث لا يجبر على القبول ، وكذا إذا قال إن أديت إلي ثوباً فأنت حر ، ومنها إذا قال إن أديت إلي ألفاً فحججت بها فأنت حر لا يجبر على القبول . ومنها إذا باع العبد ثم اشتراه ثم جاء بألف لا يجبر على القبول . قلت لا يجري في الخمر لأن المسلم ممنوع منه ، لكن إذا أداها عتق . وأما الثوب فإنه مجهول الجنس . وأما الحج فالتعليق فيه شيئان ، إما الحج أو المال ولهذا لا يعتق بمجرد الأداء ما لم يوجد الحج ، وليس فيه معنى المعاوضة ، فلا يصح الجبر.

فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل ، نظيره الهبة بشرط العوض ، ولو أدى البعض يجبر على القبول ، إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط ، كما إذا حط البعض وأدى الباقي . ثم لو أدى الفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها .

ولو قال إذا أديت إلي الفاً أحج بها يجبر على القبول ويعتق العبد وجد الحج أو لا . لأن الحج وقع صورة لا شرطاً ، ويصح البيع في المسألة الأخيرة بطل معنى الكتابة ، فلا يجبر على القبول .

(فعلى هذا يدور الفقه) أي على اعتبار الشبهين يدور الفقه إلى المسائل الفقهية .وقال الكاكي أي المعنى الفقهي (ويخرج المسائل) عطف على قوله يدور ، وهو صيغة المجهول منها (نظيره الهبة بشرط العوض) جعلناها هبة ابتداء حتى لا يفيد الملك قبل القبض ، ولا يجري تسليمه ، ويفيدبالشيوع فيما يحتمل القسمة ولا يستحق فيها الشفقة ويردها بالعيب، ويترتب عليها أحكام البيع بعد القبض حتى لا يتمكن البائع من الرجوع .

(ولو أدى البعض يجبر على القبول) لأنه حر من جهة ، ففي عوض عند الأداء فصار للبعض حكم الاعراض نصاً لبعض بدل الكتابة وبعض اليمين . وفي شرح الطحاوي ولو أتى العبد بخمسمائة فالقياس أن يجبر ، لأنه لا يعتق بقبوله هذا ، وهو قول أبي يوسف . وفي الاستحسان يجبر على القبول كما في المكاتب (إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط) وهو أداء الكل (كما إذا حط البعض) يعني إذا حط المولى بعض الألف فيما إذا قال له إن أديت إلي الفاً فأنت حر (وأدى الباقي) أي باقي الألف لا يعتق لعدم الشرط، لأن الشرط أداء الألف ولم يوجد كما إذا أدى الدنانير مكان الدراهم ، وقد فسر الحاكم في الكافي على هذا الحكم .

(ثم لو أدى الفاً اكتسبها) العبد (قبل التعليق رجع المولى عليه) بألف أخرى مثلها (وعتق لاستحقاقها) أي لاستحقاق المولى الألف كأنه كان يستحقها ، لأن العبد وما في

ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه ، لأنهمأذون من جهته بالأداء منه ، ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ، لأنه تخيير ، وفي قوله إذا أديت لا يقتصر ، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ، ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لإضافه الإيجاب إلى ما بعد الموت ، فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم ،

يده لمولاه (ولو كان اكتسبها بعده) أي ولو كان العبد اكتسب تلك الألف بعد التعليق (لم يرجع عليه ، لأنه مأذون من جهته بالأداء منه) أي لأن العبد مأذون من جهة المولى بالاكتساب والأداء منه ، لكنه يأخذ الباقي ، لأن مال المأذون في التجارة للمولى ، بخلاف المكاتب ، كذا في الشامل وغيره .

(ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ، لأنه تخيير) يعني للعبد بين الأداء والامتناع ، وهذا هو ظاهر الرواية . وروى بشر عن أبي يوسف « رح » أنه لا يقتصر (وفي قوله إذا أديت) يعني إذا أديت إلي الفاً فأنت حر (لا يقتصر ، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى) والوقت يعم فلا يقتصر على المجلس ، كما في قوله متى أديت إلي الفا فأنت حر لا يقتصر على المجلس .

(ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت) أي قبل العبد بعد موت المولى (لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت) فيكون نزول إيجاب المعتق بعد الموت والقبول يكون عند زوال الإيجاب (فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم) يكون القبول غداً ، لأنه وقت نزول الإيجاب ، فإذا قبل بعد الموت هل يعتق أم لا ، قال في شرح الطحاوي لم يعتق بالقبول حتى يعتقه الورثة والوصي ، لأن الأصل أن كل عتق فاخر وقوعه بعد الموت ولو ساعة لا يعتق إلا بالإعتاق ، ألا ترى أنه لوقال لعبده وأنت حر بعد موتي بشهر لا يعتق حتى يعتقه الورثة بعد شهر .

بخلاف ما إذ قال أنت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال ، لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق ، قالوا لا يعتق في مسألة الكتاب ، وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث ، لأن الميت ليس بأهل للاعتاق وهذا صحيح .

(بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال ، لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق) لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً صحيحاً ، هذا قول أبي يوسف على ما ذكره صاحب الأجناس عن نوادر بشر بن الوليد إذا قال أنت مدبر على الف درهم ، قال أبو حنيفة ليس القبول الساعة ، وله أن يبيعه فإذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت إذا الف عتق . وقال أبو يوسف إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعد ذلك ، وإن قبل كان مدبراً وعليه الألف إذا مات السيد .

(قالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (لا يعتق في مسألة الكتاب) أي في مسألة الجامع الصغير ، وهي قوله أنت حر بعد موتي على الف درهم (وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة) قال التمرتاشي أو الوصي ، فإن امتنعوا فالقاضي (لأن الميت ليس من أهل الإعتاق ، وهذا صحيح) أي قول المشايخ صحيح أنه لا يعتق ما لم يعتقه الورثة ، بناء على أنه إيجاب ضمان إلى ما بعد الموت ، وأهلية الوجوب شرط الإيجاب ، وقدعدمت بالموت ، بخلاف التدبير ، فانه إيجاب في الحال والأهلية ثابتة ، والموت شرط ، والاهلية ليست بثابتة بشرط عنده ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر فوجد الشرط وهو مجنون . وقال الاترازي ولنا فيه نظر قدمناه ، وهو قوله فيما تقدم . فان قبل بعد الموت ينبغي أن يعتق لكلام صدر من الاهل مضافاً إلى المحل وإن كان الميت ليس بأهل للإعتاق . ألا ترى أن الإيجاب نزل معتبراً بعد الموت حكماً لكلام صدر من الاهل وإن كان في ذلك الوقت ليس بأهل للإيجاب ، ولهذا يترتب القبول عليه ، وأيضاً إن القول لا يعتبر حال الحياة . وإذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة إلا باعتاق واحد منهم ، أي من الورثة

قال ومن أعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف «رح». وقال محمد «رح» عليه قيمة خدمته أربع سنين ، أما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً،

أو الوصي لا يكون معتبراً بعد الوفاة أيضاً ، فلا يبقى فائدة ، أو لقوله بالقبول بعد الموت .

(قال ومن أعتق عبده) أي قال محمد في الجامع الصغير ومن أعتق عبده (على خدمتة أربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات) أي المولى أو العبد كما بين في آخر المسألة (من ساعته) أي ساعة البدل (فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » عليه قيمة خدمته أربع سنين) هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة الآخر ، وقوله الأول كقول محمد ، كذا ذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير . وقول زفر والشافعي كقول محمد ، وخدمة البيت المعروف بين الناس ، كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي .

وشرح المسألة ما قال في شرح الطحاوي لو قال لعبده أنت حر على أن تخدمني أربع سنين ، فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة ، لأن شرط الخدمة للمولى ، وقد مات المولى ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف عليه قيمة نفسه ، وعند محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين . ولو كان خدم سنة ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة أرباع قيمة نفسه ، وعلى قول محمد عليه خدمة ثلاث سنين ، وكذا لو مات العبد وترك لا يقضى من مال بقيمة نفسه عندهما . وعند محمد « رح » يقضي بقيمة الخدمة . وقال في الشامل فان مات المولى فلورثته قيمة نفسه إلا قدر قيمة ما خدم عندهما ، وعند محمد « رح » قيمة ما بقي ، وكذلك إن مات العبد أحد من تركته، أما العتق للتفصيل . لأنه ذكر أولاً سنين العتق ووجوب القيمة ، لكن هي قيمة النفس عندهما . وعند محمد قيمة الخدمة .

فقال بعد ذلك (أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً من العتق ،

فيتعلق العتق بالقبول. وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين، لأنه يصلح عوضاً، فصار كما إذا أعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلافية أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها، ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما، وبقيمة الجارية عنده، وهي معروفة.

فيتملق العتق بالقبول) أي بقبوله في المجلس قبل التسليم كما في البيع الخدمة، لأن المولى جعل الإعتاق على الخدمة، فكان معاوضة وقضية المعاوضة ثبوت الحكم بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع. وقال الأترازي بعد قوله – أما المتق – للتفضيل كما ذكرنا، لكن بقي المصنف أن يقول وأما وجوب قيمة النفس عندهما فلأجل كذا، وأما وجوب قيمة الخدمة عند محمد رحمه الله فلأجل كذا، فلم يعرفه ما هو حق الكلام، انتهى. قلت الذي نفى عليه من الكلام علم مما ذكره في أثناء الكلام، فاقتصر على ذكره.

(وقد وجد) أي القبول (ولزمه خدمة) أي ولزم العبد خدمة المولى (أربع سنين، لأن يصلح عوضاً) أي لأن الخدمة على تأويل المذكور إنما يصح عوضاً، لأن المنفعة أحلت حكم المالية بالعقد، ولهذا صلح مهراً (فصار) أي الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد بعد القبول (كما إذا أعتقه على الف درهم ثم مات العبد) بعد القبول، لأن الخدمة تصلح عوضاً عن الإعتاق كالألف فعتق في الصورتين بالقبول، ثم إذا مات العبد (فالخلاف فيه) أي في المسألة الخلافية في الإعتاق على الخدمة في المدة المعلومة (بناء على خلافية أخرى وهي) أي صورة المسألة الأخرى (أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها) فقبل العبد (وعتق ثم استحقت الجارية أو هلكت) قبل التسليم (يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وبقيمة الجارية) أي ويرجع بقيمة الجارية (عنده)أي عند محمد « رح » (وهي) أي مسألة بيع العبد منه بجارية إذا استحقت (معروفة) في طريقتها الخلاف وهناك موضع وبيانها واحد عياناً.

ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى، فصار نظيرها. ومن قال لآخر أعتق أمتك على الف درهم علي على ان تزوجيها ففعل فأبت أن تزوجه فالعتق جائز، ولا شيء على الآمر، لأن من قال لغيره أعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء، ويقع العتق عن المأمور، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر، لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز. وفي العتاق لا يجوز

(ووجه البناء) أي بناء تلك الخلافية على هذه الخلافية (أنه) أي أن البيان (كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى فصار نظيرها) أي صار الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد أو المولى نظير الخلافية الأخرى في أن الواجب عند محمد قيمة الخدمة، وعندهما الواجب قيمة العبد.

(ومن قال لآخر أعتق أمتك على الف درهم علي على أن تزوجيها) وفي بعض نسخ الجامع الصغير ذكر لفظ على قبل قوله على أن تزوجيها، وفي البعض لم يذكر لفظ على إذ الوجوب مستفاد على الحالين، لكن ذكر على أول على المراد (ففعل) أي المأمور فعل ما قال الرجل (فأبت) أي الأمة (أن يتزوجه) أي أن يتزوج الآمر (فالعتق جائز ولا شيء على الآمر، لأن من قال لغيره أعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء، ويقع العتق عن المأمور، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل، حيث يجب الألف على الآمر، لأن اشتراط البدل) في الخلع على المرأة مشروع من غير أن يسلم لها شيء، لأن الخلع إسقاط محض، فلما جاز على المرأة من سلامة شيء لها جاز (على الأجنبي في الطلاق جائز، وفي العتاق لا يجوز) كذلك، بخلاف

وقـــد قررناه من قبل . ولو قـــال أعتق أمتك عني على ألف درهـــم والمسألة قسمت الألف على قيمتهـــا ومهر مثلها فما أصاب القيمة اداه الآمر ، وما أصاب المهر بطل عنه ، لانـــه لما قال تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف ، وإذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء، وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما، ووجبت حصة ماسلم له وهو الرقبة ، وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع ، فلو زوجت نفسها منه لم

الإعتاق، فان فيه معنى الإثبات ، وإن كان هو إزالة الملك لان يحصل العبدقوة حكمية[1] لم تكن ثابتة قبل الإعتاق ، فكان في معنى المعاوضة .

واشتراط العوض لا يجوز على غير من سلم له المعوض ، فلا يجب على الأجنبي بناء لأنـه لم يسلم له شيء بهذا الضمان . وذكر شمس الأئمة بأن المرأة لا تجبر على تزويج نفسها منه بعد العتاق لأنها صارت مالكة أمر نفسها بمنزلة من أعتق أمته على أن تزوج نفسهامنه فقبلت ثم أبت بعد الإعتاق لا تجبر على ذلك .

(وقد قررناه من قبل) أي في باب الخلع في مثاله خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإستشارة في بدل العتق على الأجنبي صحيح ، فعلى الأب أولى .

(ولو قال أعتق أمتك عني على الف درهم . فالمسألة بحالها) أي قال على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تزوجه (قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب القيمـــة أداه الآمر ، وما أصاب مهر المثل بطل عنه) أي عن الآمر (لأنه لما قال عني تضمن الشراء) اقتضاء ، كأنه قال بع أمتك مني ثم أعتقها (على ما عرف) أي في أصول الفقـه (وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء) أي من حيث الشراء (وبالبضع) أي وقابـله بالبضع (نكاحاً) أي من حيث النكاح (فانقسم عليها) أي على الرقبة والبضع .

(ووجبت ثم يزوجه حصة ما سلم له وهو الرقبة) لأنهـا سلمت له حيث وقع العتق منه (وبطل عنه ما لم يسلم ، وهو البضع) حيث لم تزوجه (فلو زوجت نفسهـا منه ولم

---

(١) هكذا الجملة في الاصل .

يذكره ، وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه. الاول: وهي للمولى في الوجه الثاني : وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين

يذكره) يعني في الجامع الصغير (وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول) وهو ما إذا لم يقل عني ، وكذا سقط في الوجه الأول القيمة ، لعدم وجوب الضمان (وهي للمولى في الوجه الثاني) أي حصة القيمة للمولى في الوجه الثاني ، وهو ما إذا قال عني (وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين) أي فيما إذا قال عني أو لم يقل .

وقال التمرتاشي فإن تزوجت فلها مهر مثلها ، ولا تكون قيمتها مهراً لأنه ليس بمال . وعن أبي يوسف أنه جعل العتق مهراً، إلا أنه عليه السلام أعتق صفية ونكحها ، وجعل عتقها مهرها . قلنا أنه عليه السلام مخصوص بالنكاح بغير مهر ، فإن أبت فعليه قيمتها ، لأن الشرط فات ، وكذا لو أعتقت عبداً أن تزوجها ، فإن فعل فلها مهرها ، وإن أبى فعليه قيمته .

* * *

باب التدبير

إذا قال المولى لمملوكــــه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً ، لان هذه الفاط صريح في التدبير ، فإنه إثبات العتق عن دبر ،

(باب في حكم التدبير)

أي هذا باب في بيان حكم التدبير . ولما فرغ من الإعتاق المطلق عن قيد شرع في الإعتاق المقيد ، وهو التدبير أو المركب بمنزلة المقيد ، والمفرد بمنزلة المطلق ، والمركب بعد المفرد لا محالة . وقال الأترازي لما فرغ من العتق الواقع في حالة الحياة شرع في العتق الواقع بعد الموت ، لأن الموت يتلو الحياة ، والتدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الأمر ، وكأن المولى لما نظر في عاقبة أمره وأمر عاقبته أخرج عبده إلى الحرية بعده في الشرع هو العتق الواقع عن دبر من الإنسان .

(إذا قال المولى لمملوكــــه إذا مت فأنت حر ، أو أنت حر عن دبر مني ، أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً ، لان هذه الألفاظ صريح في التدبير ، فإنه إثبات العتق عن دبر) في الإيضاح والتحفة والينابيع الفاظه ثلاثة أنواع . أحدها : الصريح كقولك دبرتك وأنت مدبر ، وأنت حر عن دبر مني ، وكذلك حررتك لو أعتقتك أو أنت محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي يصير مدبراً .

والثاني : بلفظ اليمين مثل قوله إن مت أو إن حدث لي حادث ، والمراد بالحــــادث الموت عادة فأنت حر ، وكذا إذا قال مع موتي أو في موتي ، وروى هشام عن محمـــد « رح » في قوله أنت مدبر بعد موتي يصير مدبراً للحال ، وكـــذا لو قال أعتقتك بعد موتي أو حررتك .

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة . وقال الشافعي « رح » يجوز لانه تعليق العتق بالشرط ، فلا يمتنع به البيع والهبة، كما في سائر التعليقات، وكما في المدبر المقيد ، ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك . ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ،

وللثالث : بلفظ الوصية بأن قال وصيت لك برقبتك أو بنفسك فالكل سواء ، وكذا لو قال أوصيت بثلث مالي فتدخل رقبته فيه ، لأن رقبته من جملة ماله فكان يوصي له بثلث رقبته .

(ثم لا يجوز بيعه) أي بيع المدبر ولا هبته ، ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة ، حيث لا يجوز بيع المكاتب (ولا هبته ولا إخراجه من ملكه إلا بالحرية كما في الكتابة) وبقولنا قال عامة العلماء والسلف من الحجازيين والشاميين والكوفيين ، وهو مروي عن عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وبه قال شريح وقتادة والثوري والأوزاعي ، وهو مذهب مالك في الموطأ .

(وقال الشافعي يجوز) لأن نبيعه ، وبه قال أحمد « رح » وداود ، وكذا هبته وصدقته وغيرها ولا يباع في الدين عند الجمهور ، وعند مالك يباع في الدين حال حياة سيده وبعد موته (لأنه) أي لأن التدبير (تعليق العتق بالشرط ، فلا يمنع بالبيع والهبة كما في سائر التعليقات) قبل وجود الشرط ، فكذا في هذا التعليق (وكما في المدبر المقيد) فإنه يجوز بالاتفاق (ولأن التدبير وصية) يعتق بدليل أنه يعتبر من الثلث (وهي غير مانعة من ذلك) إذ الوصية غير مانعة من البيع والهبة ، وغيرهما ، لأن الوصايا ليست بلازمة ، ولهذا يجوز الرجوع عنها صريحاً ودلالة ، فكذا هذا الوصية .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث) هذا الحديث أخرجه الدارقطني بنص لا يورث من رواية عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم قال قال رسول الله ﷺ المدبر لايباع

ولأنه سبب الحرية ، لأن الحرية تثبت بعد الموت ، ولا سبب غيره ثم جعله سبباً في الحال أولى بوجوده في الحال وعدمه بعد الموت،

ولا يوهب وهو حر من ثلث المال ، قال الدارقطني لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف ، وإنما هو عن ابن عمر من قوله وقال الأترازي ولنا ما ذكر محمد في الأصل حديث أبي جعفر أن رسول الله ﷺ باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته ، يعني أجر المدبر .

وروى أصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن عمر المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال . وقال الأترازي أيضاً وجه قول الشافعي ما روى جابر في صحيح البخاري أعتق رجل منا عبد الله عن دبر فدعى النبي ﷺ به فباعه ، قال جابر مات الغلام عام أو قال في السنين اشتراه نعيم بن عبد الله بن النجاد بثمانمائة درهم . وفي بعض الروايات بسبع أو تسعمائة . وقال في جامع الترمذي كان عبداً قبطياً مات في إمارة ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله ﷺ ، ثم قال الأترازي وما رواه الشافعي يحمل على المدبر المقيد أو على ابتداء الإسلام حين كان يباع الحر أو على بيع الخدمة لا الرقبة توفيقاً بين حديثنا وحديثه ، وكان من قبل الشافعي قد أجمعوا على عدم جواز بيعه مع أبي حنيفة وسفيان ومالك والأوزاعي، ثم لما نشأ الشافعي بعدم جوزه فصار هذا منه خرقاً للإجماع فلا يجوز ، انتهى كلامه .

قلت في كلامه نظر في موضعين ، الأول : قوله توفيقاً بين حديثنا وحديثه ، وكيف يوفق بينهما وحديثه صحيح وحديثنا لم يبلغ إلى الصحة . والثاني : إن قوله فصار هذا منه خرقاً للاجماع غير مسلم ، لأن الشافعي لم ينفرد ، وهو مذهب جابر وعطاء ، ووافقه أحمد وإسحاق وداود .

(ولأنه) أي ولأن التدبير (سبب الحرية ، لأن الحرية تثبت بعد الموت) بالإجماع (ولا سبب غيره ، ثم جعله سبباً في الحال أولى بوجوده في الحال وعدمه بعد الموت) لكون كلامه عرضاً لا يبقى ، فتعين أن يكون سبباً في الحال، ولا يقال أنه موجود حكماً بعد موته ، وإن كان معدوماً كما جعل كالموجود في بعض الأحكام ، لأنا نقول الشيء إنما يصير موجوداً حكماً إذا أمكن وجوده حقيقة ، ولا إمكان لوجوده حقيقة بعد الموت

ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف، فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية، بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قبل الشرط

لاستحالة وجود الفعل من الميت . وقال الأترازي وما قاله صاحب الهداية قبل باب عتق أحد العبدين بقوله – وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت – فذاك منه تناقض لا محالة . وقال الأكمل يحمل ما ذكر هنا على غير الأولى ، فيندفع التناقض ، أو يكون قد اطلع على رواية عن أصحابنا أنه يجوز ، وأن يكون سبباً بعد الموت ، أو اختيار جوازه بالاجتهاد .

(ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف ، فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية) فلا يتصور انعقاد السبب من غير الأهل (بخلاف سائر التعليقات) هذا جواب عما يقال في التدبير تعليق شيء من السبب ثابتاً في الحال ، وإنما يكون عند الشرط ، فما بال التدبير يخالف سائر التعليقات . فأجاب بقوله – بخلاف سائر التعليقات – . قال الكاكي هو متعلق بقوله حال بطلان أهلية التصرف ، وأهلية التصرف باقية في سائر التعليقات عند وجود الشرط . أما ها هنا لا تبقى أهلية التصرف بعد موته ، فلو لم يجعل سبباً في الحال بقي كلامه من كل وجه .

فان قيل وجود أهلية المعلق حال وجود الشرط ليس بشرط ، لما مر أنه لو علق الطلاق أو العتاق ثم جن وجد الشرط وهو مجنون يقعان ، فكان التدبير بمنزلة سائر التعليقات ، قلنا الأهلية فيما نحن فيه تبطل من كل وجه . وفي المجنون من وجه ، فانه أهل للملك وزواله قد يكون أهلاً لإيقاع الطلاق والعتاق ، ألا ترى أن الولي لو زوجه امرأة يصح النكاح ، ولو باشر هو بنفسه أسباب حرمة المصاهرة ، ولو ارتدولحقا بدار الحرب يثبت الحرمة بينه وبين منكوحته ، وفي الموت تبطل الأهلية من كل وجه ، ألا ترى أن نفس التعليق يبطل بالموت ولا يبطل بالجنون ، فعلى هذا لا يلزم من عدم اشتراط مثل هذه الأهلية (لأن المانع من السببية)[1] يعني موجود (قبل الشرط) لأنه انعقد تصرفاً آخر في الحال .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وإنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية فيه إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال وإبطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره

(لانه يمين) يعني لانه لا يصير يميناً (واليمين مانع) من مباشرة الشروط والمانع من الشرط مانع من الحكم ، والمانع من الحكم لا يكون سبباً للحكم (والمنع هو المقصود)أي المنع عن تحقيق الشرط هو المقصود (وإنه) أي وإن المنع (يضاد وقوع الطلاق والعتاق) أي المانع لوقوعها يضاد وقوعها ، فيكون التعليق سبباً في الحال (وأمكن تأخير السببية فيه إلى زمان الشرط) أي إلى زمان وقوع الشرط (لقيام الاهلية عنده فافترقا) أي فافترق التدبير المطلق وسائر التعليقات .

(ولأنه) أي ولأن التدبير وصية هذا فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات (والوصية خلافة في الحال) لأن الموصي يجعل الموصى له ، خلافاً بعض ماله بعد الموت كالورثة ، وانها ليست بخلافة في الحال . واعترض أن لو كان وصية ليبطل إذا قتل المدبر سيده ، لأن الوصية للقاتل لا يجوز وجاز البيع ، لأن الوصي يجوز له بيع للموصى به ، ويكون رجوعاً عن الوصية ، وليس الأمر كذلك ، والجواب عنها جميعاً ان ذلك في وصيته ولم يكن على وجه التعليق ، لأن الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك . ووجه انتقاض ذلك أن بطلان الوصية بالنقل . وجواز البيع وكونه رجوعاً إنما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير ، لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك .

(وإبطال السبب) تتمة الدليل متصل بقوله لأنه بسبب الحرية (وفي البيع وما يضاهيه) أي وما يشابهه مثل الهبة والصدقة (ذلك) إشارة إلى إبطال التدبير ، فلا يجوز .

(قال) أي القدوري (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) لأن التدبير المطلق لا يرسل

وان كان له أمة يحل وطئها وله أن يزوجها لان الملك فيها ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ، ولأن التدبير وصية، لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه ، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية، ولا يمكن نقض العتق ، فيجب رد قيمته . وولد المدبرة مدبر ،

الملك في الحال (وإن كانت له أمة يحل وطئها وله أن يزوجها لأن الملك فيها ثابت له) أي للمولى (وبه) أي وعتق المدبر من ثلث ماله (وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات) إشارة إلى الاستخدام والإجارة، والوطء والتزويج (فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) وقال ابن مسعود ومسروق ومجاهد وسعيد بن جبير يعتق من رأس المال، وبه قال زفر والليث بن سعد (لما روينا) إشارة إلى حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما (لأن التدبير وصية ، لأنه تبرع يضاف إلى وقت الموت والحكم)وهو العتق (غير ثابت في الحال وتنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره) أي غير المدبر (يسعى في ثلثيه وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق) يعني فسخه ، (فيجب رد قيمته) التي سميت له .

(وولد المدبرة مدبر) هذا لفظ القدوري في مختصره وعامة النسخ ماهنا بالتأنيث في المضاف إليه وهو الصواب . وفي بعض النسخ بالتذكير قال الاترازي وليس بصحيح ، لان ولد العبد المدبر لا يخلو إما أن يكون من أمة أو حرة ، فإن كان من أمة يكون رقيقاً لمولاه ، ولا يكون مدبراً كأبيه ، وإن كان من حرة يكون حراً بخلاف ما إذا كان ولد من أمة مدبرة ، فانه يكون مدبراً اتباعاً لأمه ، لأن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد ، ولهذا شرح في الشامل بالتأنيث وقال وولد المدبرة بمنزلتها لما روي عن عثمان وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله تعالى عنهم أن ولد المدبرة مدبر ، وكذلك في فتاوى الولوالجي ، حيث قال وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة، وهذا مذهبنا . وقال الشافعي لا يدخل الولد في تدبيرها .

وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة « رض » . وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ، ويجوز بيعه ، لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردده في تلك الصفة ، بخلاف المدبر المطلق ، لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت ، وهو كائن لا محالة ، فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر ، معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة

(وعلى ذلك) أي كولد المدبرة مدبراً (نقل إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم) لأنه روي أنه خوصم أبا عثمان رضي الله تعالى عنه في أولاد مدبرة فقضى أن ما ولدته قبل التدبير عبد ، وما ولدته بعد التدبير مدبر ، وقال ذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف .

(وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ، ويجوز بيعه ، لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردده في تلك الصفة) لأنه ربما يرجع من تلك السفر ، ويبرأ من ذلك المرض (بخلاف المدبر المطلق ، لأنه يعلق عتقه بمطلق الموت) وهو كائن لا محالة تحقيق هذا أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين ، وقد عرفت أن صفة كونه يميناً يمنع من السببية ، وأما إذا كان أمراً كائناً لا محالة لم يكن في معنى اليمين ، فكان سبباً .

فان قيل إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد ، فان انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الإيجاب ، وإن انعقد قبله فكيف يجوز معه ، فالجواب أنه موقوف .

(فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه)أي معنى قول القدوري عتق (من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة

فيه ، فلهـــذا يعتبر من الثلث ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنـــة أو عشر سنين لما ذكرنا، بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب، لأنه كالكائن لا محالة

منه ، فلهذا) إيضاح لثبوت الحكم في آخر جزء من أجزاء حياته (يعتبر من الثلث ومن المقيد) أي من جملة التدبير المقيد (أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) أي التردد في الصفة (بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة فأنت حر ومثله لا يعيش اليـه) إلى ذلك الوقت (في الغالب) يكون مدبراً (لانه كالكائن لا محالة) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى ، وبه قال مالك . وذكر الفقيه أبوالليث في النوازل أن رجلاً قال لعبد أنت حر إن مت إلى مائتي سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد ، وله أن يبيعه . وقال الحسن بن زياد لا يجوز بيعه ، لانه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة، فصار كأنه قال إذا مت فأنت حر .



باب الاستيلاد

إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها

(باب الاستيلاد)

أي هذا باب في بيان حكم الاستيلاد ، وهو طلب الولد لغة وأم الولد من الأسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الإسم كالنجم للثريا . وفي الشرع أم الولد مملوكة يثبت نسب ولدها من مالك لها أو مالك له بعضها ، وذلك لأن الاستيلاد اتباع ثابت النسب ، فإذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد وإلا فلا . ولما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية حقيقتها .

(إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد ولا يجوز بيعها) خلافاً لبشر بن غياث وداود تابعه من الظاهرية ، واحتجوا بما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث جابر بن عبد الله أنه قال بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ، فلما كان عمر رضي الله تعالى عنه نهانا فانتهينا . وذكر ابن حزم في المحلى أن بيعها مروي عن أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه وعلي وابن عباس وابن مسعود وابن الزبير وزيد بن ثابت . وعن عمر أنها إن عتقت وأسلمت عتقت ، وإن كفرت وفجرت رقت ، وروي مثله عن عمر بن عبد العزيز . وأجاب أصحابنا بأن عمر رضي الله تعالى عنه لما نهى عن ذلك أجمعوا عليه .

واحتجوا أيضاً بما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه ، رواه أحمد وابن ماجة ، وهو حديث مشهور تلقته الأئمة بالقبول قال عليه السلام في مارية القبطية أم ابراهيم حين قيل له ألا تعتقها ، قال عليه السلام أعتقها ولدها ، رواه ابن ماجة والدارقطني . وقال الخطابي وقد ثبت أنه عليه السلام قال إنا معاشر الأنبياء لا نورث ، ما تركناه صدقة ، فلو كانت مارية مالاً لبيعت وصار ثمنها صدقة .

ولا تمليكها، لقوله عليه السلام أعتقها ولدها. أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ، ولأن الجزئية قد حصلت بـــين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد،فإن الماءين قد اختلطـــا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة ، إلا أن بعد الإنفصال تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة ، فضعف السبب ، فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت . وبقاء الجزئية حكماً

(ولا تمليكها ، لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (أعتقها ولدها) هـــذا قاله في مارية القبطية ، وقد مر الآن (أخبر عن إعتاقها) أي أخبر النبي ﷺ عن إعتاق مارية (فيثبت بعض مواجبه وهو) أي بعض مواجب قوله عليه السلام حرمة البيع ، أي بيعها ، لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية ، لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ، وهو المذكور آنفاً ، فعملنا بهما جميعاً ، ومبنى البيع في الحـــديث الأول ، والتخيير بالحديث الثاني لا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين ، فلا يرتفع إلا بيقين مثله، وخبر الواحد لا يوجبه ، لأنا نقول الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير ، وقد انضم اليها الإجماع اللاحق ، فرجحناها .

(ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد ، فإن المـــاءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما) أي بين المائـــين على ما عرف في حرمة المصاهرة ، وهي تمنع بيعها وهبتها ، لأن بيع جزء الحر وهبته حرام (إلا بعد الإنفصال) جواب عما يقال لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق ، لأن الجزئية توجبه ولستم قائلين بـــه ، فأجاب بقوله بعد الإنفصال (تبقى الجزئية حكماً لا حقيقــة فضعف السبب) أي سبب العتق هو الجزئية بينهما (فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت) ولم يثبت في الحال ولم يجز بيعها ف'و تبطلا استحقاقها (وبقاء الجزئية حكماً) هذا جواب عما يقـــال لو كانت الحرية حكماً متحقق من ملكه امرأته التي ولدت منه بعد موتها ، وليس كذلك.فأجاب

باعتبار النسب ، وهو من جانب الرجل ، فكذا الحريـــة تثبت في حقهم لا في حقهن ، حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحـــال ، فيمتنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته ، وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له ، لأن الاستيلاد لا يتجزأ ، فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله .

بقوله – وبقاء الحرية حكماً – أي من حيث الحكم (باعتبار النسب وهو) أي النسب (من جانب الرجال) أي النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات .

(فكـــذا الحرية تثبت في حقهم) أي في حق الرجال (لا في حقهن) أي في حق الأمهات . قوله – فكذا الحرية – صحت الرواية بالحاء لا بالجيم ، وهذا نتيجة ما تقدم ، فلهذا ذكر بالفاء ، يعني أن الحرية لما كانت باعتبار النسب أنتج أنه الحرية وقعت في حقهم (حتى إذا ملكت الحرة زوجها ، وقد ولدت منه لم يعتق) أي الزوج (بموتهـــا) أي بموت الحرة (وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال ، فيمتنـــع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ، فوجب لولي[1] وكذا إذا كان بعضهـــا مملوكاً له) يعني إذا كانت الجارية مشتركة بين اثنـــين فاستولدها أحدهما يكون كل الجاريـــة أم ولد له .

(لأن الاستيلاد لا يتجزأ ، فإنه فرع النسب ، فيعتبر بأصله) وهو النسب ، فالنسب لا يتجزأ ، فكذلك فرعه ، وهو الاستيلاد فيما يمكن نقل الملك فيه ، وهذا بخلاف ما قال في باب العبد نصيبه بقوله والاستيلاد يتجزأ عنده حتى استولد نصيبـــه من مدبره يقتصر عليه ، لأنه نصيب شريكه انتقل فاقتصر الاستيـــلاد على نسب المستولد . قال الأترازي

---

(١) هكذا الجملة في الأصل ، وهذا غير الموجود في المتن . اهـ مصححه .

قال وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها ، لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة ، ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به . وقال الشافعي «رح» يثبت نسبه منه وإن لم يدع

ومعنى قولنا الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك عنه ، والمدبرة ليست بقابله للنقل من ملك إلى ملك [1] ، فلا يتناقض ما قال ها هنا .

(قال) أي القدوري (وله وطؤها) أي للمولى وطء أم ولده (واستخدامها وإجارتها وتزويجها ، لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة) وله أن يزوجها قبل أن يستبرئها . فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل ، واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح ، كما في المعتدة . أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء ، وقد وقع الشك في زوالها ، فلا يرتفع به بخلاف النكاح ، فان المنكوحة خرجت عن محلية الغير ، فلا يعود اليها إلا بعد الفراغ حقيقة ، وذلك بعد العدة (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الأمة (إلا أن يعترف به) هي إن اعترف به المولى ، أي بوطئها ، وبه قال الثوري والشعبي والحسن البصري ، وهو مروي عن زيد بن ثابت مع العزل .

(وقال الشافعي يثبت نسبه منه ، وإن لم يدع) وبه قال مالك وأحمد ، فانه يثبت النسب منه إذا أقر بوطئها ، وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة ، وهو ضعيف ، لأنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشاً كالنكاح ، وفيه يلزم الولد وإن اشتراها . ولو وطئها من دبرها يلزمه الولد عند مالك ، ومثله عن أحمد ، وهو وجه الشافعية وضعفوه . وروى الطحاوي باسناده عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت منه . فقال ليس مني ، إني أتيتها إتياناً لا أريد به الولد . وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد أسود فشق عليه ، فقال ممن هو ، فقالت من راعي الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه ، ولم يلزمه .

---

(1) هكذا سياق الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء ، وإنه أكثر إفضاء أولى . ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه ، فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء ، بخلاف العقد ، لأن الولد يتعين مقصوداً منه ، فلايحتاج إلى الدعوة. فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار ، معناه بعد اعتراف منه بالولد

وعن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه كان يطأ جارية مارشية ويعزل عنها ، فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها ، أو عنه أنه قال لها ممن حملت ، قالت منك ، فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون الحمل منه ، ولم يلزمه مع اعترافه بوطئها فهو حجة عليهم .

(لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء ، وإنه أكثر إفضاء أولى) أي والحال أنه إن كان الوطء أكثر إفضاء إلى الولد من العقد (ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أي من طلب الولد ، والمانع سقوط التقديم عنها عند أبي حنيفة « رح » ، لان أم الولد ليست بمتقومة عنده ، ونقصان القيمة عند صاحبه ، لان قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطء وزوال منفعة السعاية والبيع (فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء) فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة (بخلاف العقد) أي عقد النكاح (لان الولد يتعين مقصوداً منه) أي من العقد ، ولان الولد هو المقصود من العقد في المنكوحة لا يقال أن النسب باعتبار الحرية أو بما وضع لها ، والعقد عدمه لا مدخل له في ذلك ، لانا نقول لو كان ذلك مراده لثبت من الزاني وليس كذلك ، وإنما النظر إلى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك (فلا يحتاج إلى الدعوة) ووطء الامة ليس بموضوع فيحتاج اليها .

(وإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه عنه بغير اقرار) هذا لفظ القدوري . وقال المصنف (معناه) أى معنى كلام القدوى (بعد اعتراف منه) أى من المولى (بالولد

الأول ، لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصوداً منها ، فصارت فراشاً كالمعقودة ، إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله ، لأن فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة ، حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج ، وهذا الذي ذكرناه حكم ، فأما الديانة فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي ، لأن الظاهر أن الولد منه ، وإن

الاول ، لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصوداً منها ، فصارت فراشاً كالمعقودة بعد النكاح) أى كالمنكوحة ، فلما صارت فراشاً لم يكن حاجة إلى الدعوى في ثبوت النسب (إلا إذا نفاه ينتفي بقوله) أى ينتفي النسب عنه بمجرد النفي من غير لعان (لان فراشها) أى فراش أم الولد (ضعيف حتى يملك نقله) أى حتى يملك المولى نقل فراشه (بالتزويج) .

(بخلاف المنكوحة حيث ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج الحاصل) ثلاثة قوى كفراش الزوجة يثبت نسب ولدها من غير دعوة ، ولا ينتفي إلا باللعان ووسط كفراش أم الولد يثبت نسب ولدها من غير دعوة ، وينتفي من غير لعان. وضعيف كفراش الامة لا يثبت نسب ولدها إلا بالدعوة ، وينتفي من غير لعان ، فأشبه فراش أم الولد فراش المنكوحة من وجه من حيث أن نسب ولدها يثبت من غير دعوة ، فصار فيه قوة وفراش الامة من وجه حيث ينتفي نسب ولدها بمجرد النفي ، فصار فيه ضعف . فكان وسطاً .

(وهذا الذى ذكرناه حكم) من مختصر القدورى في قوله ولا يثبت نسب ولدها ، إلا أن يعترف به بيان الحكم والقضاء يعني لا يثبت نسب ولد الامة من المولى قبل اعترافه قضاء (فأما الديانة) وهي الامر فيما بينه وبين الله تعالى (فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي) أى الولد (لان الظاهر أن الولد منه ، وإن

عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه، لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن أبي حنيفة « رح » ، وفيه روايتـــان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد ،

عزل عنها ولم يحصنها) المراد من التحصين أن يمنعها من الخارج والبروز عن مظان الريبة والعزل أن يطأها ولا ينزل موضع المجامعة (جاز له أن ينفيها ، لان هذا الظـاهر) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله ظاهر آخر) أى يعارضه ظاهر آخر وهو العزل أو يذكر التحصين فيتعارض الظاهران ، فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى ، فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال ، فجاز نفيه .

(هكذا) أى لزوم الدعوة في الصورة الاولى وجواز النفي في الصورة الثانية (روي عن أبي حنيفة ، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف ومحمد « رح ») وفي بعض النسخ أخريان ، وهو الصحيـح . وقال الاترازى وقال بعضهم في شرحه والاصح آخران . قلت أراد به الكاكي ، فانه قال هكذا ، ثم قال الاترازى وذاك ليس بشيء كآخر ، وإن ثم أطال الكلام فيه ، فلا يحتاج إلى ذكره ، لان من له يد في موضع هذا يعرفه ، ومن لا يد له لا يفهمه . وقال الكاكي أيضاً قوله عن أبي يوسف ومحمد «رح» في بعض النسخ بتكرار عن أبي يوسف « رح » رواية واحدة . وعن محمد « رح » كذلك ، وتلك الروايات بلفظ الوجوب ، كـذا في المبسوط . وقال الاترازى قال بعض الشارحين ، أى عن أبي يوسف رواية واحدة . وعن محمد روايــة واحدة ، وهو فائدة إعادة عن . قلت هذا أيضاً كلام الكاكي .

ثم قال الاترازى ولنا نظر في إعادة – عن – لانك إذا قلت أخذ درهمان عن زيـد أو عمرو بلا تكرار – عن – لا يفهم الدرهمين أحداً ، والدرهمين أخيرين أحداً عن عمرو ، بل المفهوم أن الدرهمين بعضها حصل عن زيد ، والبعض الباقي عن عمرو ، فكذا فيما نحن فيه بعض الروايتين عن أبي يوسف « رح » ، وبعضها عن محمد ، فيكون عن كل منهـما رواية واحدة ، فلا حاجة إلى تكرار – عن – يوهم أن الروايتين عن أبي يوسف « رح » وروايتان أخريان عن محمد ، وليس كذلك .

ذكرناهما في كفاية المنتهى . وإن زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه ، لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير ، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق ، والنسب يثبت من الزوج ، لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسداً ، إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام

(ذكرناهما في كفاية المنتهى) فانه صنفه قبل الهداية وهو عزيز . وذكر الروايتين في في المبسوط ، فقال وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يسترها بعد ذلـــك ، حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل . وعن محمد «رح» قال لا ينبغي أن يدعي النسب إذا لم يعلم أنه منه ، ولكن ينبغي أن يعتق الولد وقد يستمتع بها ويعتقها بعد موته ، لان استحقاق نسب ليس منه لا يحل شرعاً ، فيحتاط من الجانبين ، وذلـــك في أن لا يدعي النسب ، ولكن يعتق الولد بعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منـــه ، وذكر في إيضاح تلك الروايتين بلفظ الاستحباب ، فقال أبو يوسف أحب إلي أن يدعيه. وقال محمد أحب أن يعتق الولد إلى آخره .

(فإن زوجها) المولى من رجل (فجاءت بولد فهو في حكم أمه) قال الحاكم في الكافي فالولد بمنزلة الأم ، يعني إذا مات المولى يعتقان من جميع المال (لأن حق الحرية يسري إلى الولد) لأن الولد جزء الأم فيحدث إلى وصفها (كالتدبير ، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق ، والنسب يثبت من الزوج ، لأن الفراش له) وفراشها من المولى لايثبت نسبه منه ، لأن النسب ليس بمتجزىء ، فلا يثبت من المولى بعد أن ثبتت من الزوج ، ويعتق ولدها بدعوة المولى وإذا لم يثبت النسب منه لإقراره بالحرية (وإن كان النكاح فاسداً) واصل بما قبله (إذ الفاسد) أي لأن النكاح الفاسد (ملحق بالصحيـــح) أي بالنكاح الصحيح (في حق الأحكام) مثل ثبوت النسب ووجوب المهر والعدة ، لكن بعد الدخول ، لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول ، لكونه واجب الرفع ، فإذا دخل بها يكون له شبهة الصحيح ، فيلحق به في حق الأحكام .

وقال الأترازي قال بعضهم في شرحه ، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع

ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه ، لأنــــه ثابت النسب من غيره ، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره ، وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيـــد بن المسيب أن النبي عليه السلام أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث

والوصية ، فلا تعلق له بالنكاح أصلا لا بالصحيح ولا بالفاسد ، فلا أدري أين كان . قلت هذا الشارح وقت الشرح انتهى . قلت أراد بالبعض الأكمل ، فإنــه قال في شرحه ، ومن الأحكام ثبوت النسب إلى آخره ، وهذا يدل على أن شرح الأكمل قبل شرح الأترازي ، لأنه ذكر في الرابع من شرحه أنه فرغ منه في سنة خمس وثلاثين وسبعمائة ، وكان قدوم الأكمل القاهرة في سنة ثلاثين وسبعمائة ثم كان قدوم الأترازي بعد ذلك بمدة .

(ولو ادعاه المولى) أي لو ادعاه المولى ولد أم الولد الذي ولد من الزوج بعــد أن تزوجها فولدت (لا يثبت نسبه منه) أي نسب الولد من المولى (لأنــه ثابت النسب من غيره ، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره) أي فيما إذا كانت قنة ، أما إذا كانت أم ولد فأمومية الولد ثابتة قبل الدعوة .

فإن قيل كيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وأمية الولد ها هنا مبنيــة على ثبوت النسب بدعوة الولد ، بخلاف ابتداء الإقرار بالإسناد ، فإن ذلك مبني على دعوة الولد . قلنا مجرد الإقرار بالاستيلاد كان لثبوت الاستيلاد ، وإن كان في ضمن شيء آخر لم يثبت ذلك الشيء .

(وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيــد بن المسيب أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث) هذا حديث أخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الرحمن الافريقي عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه أعتق أمهات الأولاد وقال أعتقهن رسول الله ﷺ . وأخرج الدارقطني أيضاً عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله

ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير ، لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج ، ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ، ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة ، فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص

تعالى عنهم أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حياً ، فإذا مات فهي حرة .

(ولأن الحاجة إلى الولد أصلية) أراد أن الولد من الجوارح الأصلية ، لأن المرء يحتاج إلى بقاء النسل (فتقدم على حق الورثة ، والدين كالتكفين) المدبر على الورثة والدين لأنه وصية لكونه من الزوائد (بخلاف التدبير) أي الاستيلاد بخلاف التدبير ، ولهذا لا يقدم ولا سعاية عليها ، المدبر على الورثة والدين (لأنه وصية) لكونه من زوائد التدبير وصية (بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها) أي على أم الولد (في دين المولى للغرماء لما روينا) قال الكاكي إشارة إلى قوله ﷺ أعتقها ولدها. وقال الأترازي إشارة إلى حديث سعيد بن المسيب وهو أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد أن لا يبعن في دين . وفي بعض نسخ الفقه وأن لا يبعن في دين .

(ولأنها) أي ولأن أم الولد (ليست بمال متقوم) لأنها تحرز إحراز الأموال (حتى لا تضمن بالغصب) يعني إذا غصب رجل أم الولد فماتت منه نفسها عند الغاصب لم يضمنها (عند أبي حنيفة « رح ») خلافاً لهما . وأما المدبر إذا مات عند الغاصب فهو ضامن القيمة بالإعتاق ، لأن المدبر متقوم بالإجماع ، وفي تحفة الفقهاء أم الولد لا تضمن عند أبي حنيفة بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين شريكين فأعتقها أحدهما لم يضمن المعتق لشريكه ولم تسع أيضاً في شيء . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يضمن في ذلك كله (فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) إذا قال مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة

بخلاف المدبر ، لأنــه مال متقوم ، وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية . وقال زفر « رح » تعتق في الحال ، والسعاية دين عليهـا ، وهذا الخــلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى ، فان أسلم تبقى على حالها . له إن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجب ، وذلك بالبيع أو الإعتاق ، وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق .

ما وجب عليه في القصاص من ديونهم ، لأن القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئاً متقوماً ، وكذا إذا قتل المديون شخصاً لا يقـدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص ، وكذا إذا قتل رجل مديوناً ، والمديون قـد عفى لا يقدر الغرماء على المديون عن العفو .

(بخلاف المدبر لأنه مال متقوم) بالإجماع ، وقد ذكرناه من قريب .

(وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها ، وهي بمنزلة المكـاتب لا يعتق حتى تؤدى السعـاية) قال الجوهري يسمى المكاتب في عتق رقبته سعـاية (وقال زفر تعتق في الحالين) يعني قبل السعاية وبعدها . وفي بعض النسخ تعتق في الحال ، وبه قال مالك « رح » والظاهرية ، إلا أنه بغير سعاية عندهما ، وعند زفر بالسعـاية ، وقال الشافعي وأحمد « رح » في المشهور ، ويمنع الذمي من وطئها والاستمتاع بها ، ويحـال ما بينها ولا يمكن من الخلوة بها ، وأجبر على نفقتها ، فإن أسلم حلت له ، وإن مات قبـل إسلامه أو بعده عتقت بموته . وعن أحمد « رض » في رواية يستسعى في قيمتها ، فإن أدت عتقت (والسعاية دين عليها) أي على أم الولد المذكور .

(وهذا الخلاف) يعني بيننا وبين زفر (فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى) أي امتنع عن الإسلام (فإن أسلم تبقى) أي أم الولد المذكورة (على حالها وله) أي لزفر (إن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجب وذلك بالبيع أو الإعتاق ، وقد تعذر البيع) لأن أم الولد لا يجوز بيعها (فتعين الإعتاق) لإزالة ذلها .

ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يداً ، والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية ، فيصل الذمي إلى بدل ملكـــه ، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوالى في الكسب ، ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومـــة فيترك وما يعتقده ، ولأنهـــا إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص

(ولنا أن النظر من الجانبين) أي جانب أم الولد وجانب النصراني (في جعلهـــا مكاتبة، لأنه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يداً ، والضرر) أي ويندفع الضرر (عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكـــه ، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوالى) أى تتكاسل (في الكسب) حاصل الكلام أنه لا يجوز أن يبطل ملك النصراني مجاناً ، لأنه معصوم ، فوجب عليها السعاية فلا يعتق ما لم تؤد قيمتها، لأنها إذا عتقت فسعت بعد ذلك كما هو مذهب زفر يؤدى إلى تعطيل حق المولى لتوانيهـــا في الكسب حينئذ ، لحصول الحرية قبل السعاية . وقلنا تسعى ثم تعتق نظراً للجانبين ، لأنها إذا سعت تصل إلى شرف الحرية . وهي حرة يداً حال السعـــاية ، ويصل المولى إلى بدل ملكه .

(ومالية أم الولد) جواب عما يقال كيف تسعى أم ولد النصراني ، والسعـــاية في القيمة دليل التقوم ، وأم الولد ليست بمتقومة عند أبي حنيفـــة « رض » ، فأجاب بقوله ومالية أم الولد (يعتقدها الذمي متقومة ، فيتركو يعتقـــده) أى يترك الذمي مع ما يعتقده ، والواو بمعنى مع لقوله ﷺ اتركوهم وما يدينون (ولأنها) أى ولأن مالية أم الولد (إن لم تكن متقومة فهي محترمة ، وهذا) أى كونهـــا محترمة (يكفي لوجوب الضمان) هذا جواب آخر عن السؤال المذكور ، واعترض عليه بأن الأمة أم لو كان كافياً لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد . وأجيب بأن مبنى الضـــمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها، وبين مايضمن به من المال المتقوم (كما في القصاص

المشترك إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين . ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية ، لأنها أم ولد ، ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب . ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد . وقال الشافعي « رح » تصير أم ولد له . ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا ، وله فيه قولان ،

المشترك) يعني إذا كان القصاص مشتركاً بين جماعة (إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين) وإن لم يكن القصاص مالاً متقوماً لكنه حق محترم ، فجاز أن يكون موجباً للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم .

(ولو مات مولاها) أي مولى أم ولد النصراني وهو نصراني (عتقت بلا سعاية ، لأنها أم ولد) وليس عليها سعاية (ولو عجزت في حياته لا ترد قنة ، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) أي الموجب لكتابته . وهو إسلام الولد (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) أي شرعاً لأنها كانت أم ولد حقيقة .

(وقال الشافعي لا تصير أم ولد له) وبه قال مالك « رح » وأحمد في رواية ، وفي رواية كقولنا ، وفي شرح الطحاوي فان استولدها وهي في ملك الغير بنكاح ثم اشتراها مع الولد أو بغير الولد صارت أم ولد له عندنا ، خلافاً للشافعي ، وكذلك لوثبت ولدها بوطء بشبهة ثم ملكها فهي أم ولد له من حين ملكها ، إلا من وقت العلوق عندنا ، كذا في التحفة ، وفائدة كونها أم ولد من وقت الملك أنه لو ملك ولدها منه عتق عليه لقوله ﷺ من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، ولو تملك ولدها من غيره لم يعتق ، لأنه بالن أم ولد له ، وله بيعه ، لأن الاستيلاد ثبت فيها من حين ملكها ، وعند زفر من ولد بعد ثبوت نسب ولدها منه ثم ملكه فهو ابن أم ولد له .

(ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا) خلافاً للشافعي (وله) أي للشافعي « رح » (فيه قولان) في قول تصير أم ولد له ، وفي قول

وهو ولد المغرور • له انها علقت برقيق فـــلا تكون أم ولد كما إذا علقت من الزنا ، ثم ملكها الزاني ، وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً ، لأنه جزء الام في تلك الحالة ، والجزء لا يخالف الكل . ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنامن قبل ، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا ، وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة ، بخلاف الزنا ، لانه لا نسب فيه الولد إلى الزاني ،

لا تصير (وهو ولد المغرور) من يطأ امرأة متعمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منـه ثم يستحق ولده حر بالقيمة يوم الخصومة .

(له) أى الشافعي « رح » (أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني ، وهذا) إشارة إلى قوله — فـــلا يكون أم ولد — (لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) بأن استولدها في ملكه (لأنه) أى لأن الولـــد (جزء الأم في تلك الحالة) أى في حالة العلوق (والجزء لا يخالف الكل) وفي صورة النكاح ليس كذلك ، لأن الأم رقيقـــة لمولاها في تلك الحالة ، فلو انعقـــد الولد حراً . كان الجزء مخالفاً للكل .

(ولنا أن السبب) أى سبب الاستيلاد (هو الجزئية) الخاصة بين الوالدين (على ما ذكرنا من قبل) إشارة إلى قوله في أول الباب — لان الجزئية قد حصلت بـــين الوطء والموطوءة بواسطة الولد — (والجزئية إنما تثبت بينهما) أى بـــين الواطيء والموطوءة (بنسبة الولد إلى كل منهما كملا ، وقد ثبت النسب) بالنكاح (فتثبت الجزئية بهـــذه الواسطة) وإذا ثبتت الجزئيـــة ثبتت أمومية الولد (بخلاف الزنا) جواب عن قول الشافعي « رح » كما إذا علقت بالزنا (لأنه لا نسب فيه) أى في الزنا (الولد إلى الزاني) فلا تثبت الحرية المعتبرة في الباب ، وهي الجزئية الحكمية من نسبة الولد إلى الزاني كيف يعتق عليه إذا ملكه .

وإنـــما يعتق على الزاني إذا ملكه ، لانـــه جزؤه حقيقة بغير واسطة ، نظيره من الزنا حيث لا يعتق عليه ، لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الولد ، وهي غير ثابتة وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له ، وعليه قيمتهـــا ، وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها ، وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه حر الاصل لاستناد الملـــك الى ما قبل الاستيلاد . وان وطيء أب الاب مع بقـــاء الاب لم يثبت النسب ، لانه لا ولايـــة للجد حال قيام

فأجاب بقوله (وإنما يعتق) أى الولد (على الزاني إذا ملكه ، لانه جزؤه حقيقـة بغير واسطة) بخلاف أمومية الولد بالزنا ، مثل من اشترى أخاه من الزنا على ما هي ، أشار اليه بقوله (نظيره) أى نظير أم الولد (من الزنا حيث لا يعتق عليه) مثل من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه (لانه) أى لان الاخ (ينسب اليه بواسطة نسبته إلى الولد ، وهي غير ثابتة) المراد بالاخ الاخ لاب ، أما الاخ لام فانه يعتق عليه إذا ملكه، وإن كان من الزنا ، لان النسبة بينهما ثابتة .

(وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ، وصارت أم ولد له ، وعليه قيمتها ، وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها ، وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح) أي في آخر كتـاب نكاح الرقيق ، وأراد بالعقر مهر المثـل . وفي المحيط العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزجر حلالاً (وإنما لا يضمن قيمـة الولد ، لأنه علق جزء الأصل لإسنـــاد الملك إلى ما قبل الاستيلاد) ولأن الملك انتقـــل إلى الإيجاب قبيل الوطء .

(وإن وطىء أب الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب ، لأنه لا ولاية للجد حال قيام

الاب ، ولو كان الاب ميتاً يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الأب لظهور ولايته عند فقد الأب وكفر الأب ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع الولاية ، وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ ، لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق ، إذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت أم ولد له ، لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما، وعند أبي حنيفة يصير نصيبه أم ولد له، ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ،

الأب ، ولو كان الآب ميتاً يثبت من الجد كما يثبت من الأب لظهور ولايته عند فقد الأب) وكذا إذا كان الأب حياً ولاية مثل أن يكون عبداً أو كافراً أو مجنوناً فالولاية للجد فيصح دعوته ، فإذا عادت ولاية الأب بأن أسلم أو أعتق أو فاق قبل الدعوة لم تقبل دعوة الجد على ذلك ، ولو كان الأب مرتداً لم تصح دعوة الجد عندهما ، لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما وعند أبي حنيفة « رح » موقوفة فإن أسلم الأب لم تصح دعوة... وإن مات على الردة أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه تصح (وكفر الأب ورقه بمنزلة موته ، لأنه قاطع الولاية) أي لأن كل واحد من الكفر والرق قاطع للولاية .

(وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما) سواء ادعى في صحته أو مرضه (ثبت نسبه منه، لأنه لما ثبت النسب منه في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه) أي أن النسب (لا يتجزأ ، لما أن سببه وهو العلوق لا يتجزأ ، إذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين ، وصارت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما . وعند أبي حنيفة يصير نصيبه أم ولد له ، ثم يتملك نصيب صاحبه ، إذ هو قابل للملك) لاستحالة أن يخلق الولد من ماء الرجلين وثبوت ما لا يتجزأ ، كثبوت كله، ويضمن نصف قيمتها، لأنه يملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ، أي في الجارية المذكورة ، لعدم التجزؤ، فيضمن نصف القيمة ويعتبر قيمة يوم وطئها ، فعلقت ، وبه صرح الحاكم .

ويضمن نصف عقرها ، لأنه وطيء جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية أبيه لأن الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد ، فيتقدمه ، فصار واطئاً ملك نفسه،

(ويضمن نصف عقرها ، لانه وطيء جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكماً) أي من حيث الحكم (للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه) إذ هو قابل للملك . قال الأترازي الضمير المنسوب راجع إلى الوطء لا إلى الاستيلاد، أي سبب الملك عقيب الوطء، وهذا لأن الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد بل يثبت معه من وقت العلوق ، والعلوق بعد الوطء ، فيكون الملك بعد الوطء ، فيكون الوطء مضافاً لنصيب شريكه أيضاً . ثم قال الأترازي وظن بعض الشارحين أن الضمير يرجع إلى الاستيلاد ، فقال وهذا على اختيار بعض المشايخ ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان .

قلت أراد ببعض الشارحين صاحب النهاية . وقال الأترازي وذلك ليس بشيء ، لأن صاحب النهاية لم يجز ذلك المذهب بدليل أنه يثبت الملك من زمان الاستيلاد عقيب الاستيلاد . ألا ترى أنه قال ولا يغرم قيمة ولدها ، لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق فلم يبق منه شيء على ملك الشريك ، فعلم أن ملك الشريك انتقل إلى صاحب الدعوة من زمان العلوق ، وهو زمان الاستيلاد لا بعده . وقال الأكمل يجوز أن يكون مراده بالتعقب الذاتي لا الزماني ، وحينئذ يكون قادراً على الأصح من المذهب .

(بخلاف الأب إذا استولد جارية أبيه) حيث لا يلزمه العقر (لأن الملك هناك يثبت شرطاً للاستيلاد) أي لثبوته (فيتقدمه) أي فيتقدم ملك الاستيلاد ، أي فإن قيل الملك أثبت صورة الاستيلاد ، فيثبت سابقاً على العلوق في حق الاستيلاد لا في حق غيره، لأن ما ثبت بالضروره يتقدر بقدرها . قلنا الاستيلاد عبارة (فصار واطئاً ملك نفسه) وهذه التفرقة بين الشريك والد من حيث أن ملك الشريك في النصف قائم، وفيه العلوق، وذلك يكفي للاستيلاد ، فيجعل تملك نصيب صاحبه حكماً للاستيلاد ، فيكون الوطء

ولا يغرم قيمة ولدها ، لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك . وإن ادعياه معاً ثبت نسبه منهما ، معناه أحملت على ملكهما . وقال الشافعي « رح » يرجع إلى قول القافة ،

واقعاً في غير ملكه ، وذلك يوجب الحد ، لكنه سقط لشبهة الشركة ، فيجب العقر . وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية ، وقد استولدها فيجعل ملكها شرطاً للاستيلاد في ملكه حملاً لأمره على الصحاح ، فيكون الوطء في ملكه ، والوطء في ملكه لا يوجب العقر (ولا يغرم) أي الشريك للمدعي (قيمة ولدها) أي ولد الجارية المشتركة (لأن النسب يثبت حينئذ إلى وقت العلوق ، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك) لأنه لما علق العلق حر الأصل ، لأن نصفه المعلق على ملكه ، وإنه يمنع ثبوت الرق فيه .

(فإن ادعياه معاً) أي فإن ادعى الشريكان الولد مجتمعين (ثبت نسبه منهما) أي من الشريكين ، هذا لفظ القدوري . وقال المصنف (معناه) أي معنى قول القدوري (ثبت نسبه منهما إذا حملت على ملكهما) فإن ولدت لستة أشهر منذ اشتراها فولدت ولداً ، كذا فسره العتابي في شرح الجامع الصغير تفسير الحمل على ملكها، لأنه إذا لم يكن العلوق في ملكها ، بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء كان دعوة تحرير لا دعوة استيلاد فيعتق الولد ولا يثبت الاستيلاد ، ولأن دعوة الاستيلاد إذا لم يكن العلوق في ملك المدعي وتشد الحرية فيها إلى وقت العلوق ، ودعوة التحرير أن لا يكون العلوق في الملك المدعى تفتقر الحرية فيها إلى وقت الدعوة .

(وقال الشافعي يرجع إلى قول القافة) بلفظ المبني للمفعول ، والقافة بالقاف والفاء المخففة ، جمع القائف ، كالحاكة في جمع الحائك ، والقائف هو الذي يعرف الآثار ويتبعها، ويعرف شبه الرجل في ولده وأخيه من قاف أثره يقوفه . مقلوب ، يقال يقفوه ، أي تبعه ثم القافية مشهورة في بني مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة بن خزيمة . وقيل

لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنـــا أن الولد لا يتخلق من مائين متعذر ، فعملنا بالشبه ، وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف من أسامة . ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثـــة لبساً

القافية في أسد . وبقول الشافعي قال أحمد وقال مالك يعمل به في الإماء دون الحرائر ، وبقولنا قال الثوري وإسحاق بن راهويه.

(لأن ثبوت النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائين متعـــذر ، فعلمنا [1] بالشبه ، وقد سر رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة بن زيد) هذا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً ، فقال يا عائشة أتدري أن محرز المدلجي دخل علي وعندي أسامة بن زيد وزيداً عليهما قطيفة ، وقد غطى إياه رؤوسهـما فبدت أقدامهما ، فقال هذه أقدام بعضهـــا من بعض ، قال أبو داود وكان أسامة أسود ، وكان زيد أبيض ، وسمي محرز محرزاً ، لأنه كان إذا أمر أحد حلق لحيتـــه وقيل حزر ناصيته . وقال الشافعي لو كان العمل بالشبه باطلا لما سر به رسول الله ﷺ لأنه عليه السلام لا يسر إلا للحق .

(ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح) وهو شريح بن الحـارث الكوفي قاضي الكوفة من كبار التابعين عاش مائة وعشرين سنة واستقر بها زمان عمر رضي الله تعالى عنه على الكوفة ولم يزل بعد ذلك قاضياً خمساً وسبعين سنة ولم يتعطل عنها إلا ثـــلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير رضي الله تعـــالى عنه ، ومات سنة تسع وسبعين ، ويقال سنة ثمانين (في هذه الحادثة) وهي التي كانت فيها دعوى الشريكين مع الولد الذي ولدته الجارية المشتركة بينهما (لبسا) أي الشريكان ، من لبس الأمر على فلان

---

(١) في المتن – فعملنا – وهو الأصح ، اه مصححه .

فليس عليهما ، ولو بينا لبين لهما ، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة « رض » . وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ، ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه .

تلبساً إذا غماه عليه (فليس عليهما) أي النسب بينهما (ولو بينا لبين لهما ، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما) أي الوالد للباقي من الشريكين ، يعني إذا مات الولد بعد موت أحدهما يكون الميراث للأب الحي ، ولا شيء لورثة الشريك .

(وكان ذلك بمحضر من الصحابة « رض ») أراد به إرادة في سرير المجمع عليه . وقال الأترازي تحل محل الإجماع ، والحديث رواه البيهقي ، أخرجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمرو وجابر وطئا جارية في شهر واحدفجاءت بغلام فارتفعا إلى عمر رضي الله تعالى عنه فدعى بثلاثة من القافة فاجتمعوا على أن الشبهة بينهما جمعاً ، وكان عمر قائفاً يقول ، وقال قد كاتب الكلبية تيزوا [1] عليها الأسود والأصفر والأغبر، فيؤدي إلى كل كلب شبهه ، ولم أكن أزهدفي الناس حتى رأيت هذا ، فجعله عمر لهمايرثهماويرثانه، وهو الباقي منهما . وقال البيهقي هذا منقطع ومبارك بن فضالة ليس بحجة .

(وعن علي رضي الله تعالى عنه مثل ذلك) أي مثل لما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه ، وأخرجه الطحاوي في شرح الآثار عن سماك عن مولى لابن مخزوم قال وقع رجلا على جارية في طهر واحد ، فعلقت الجارية ، فلم يدر من اليهما هو فانيا عليا رضي الله تعالى عنه ، فقال هو لكما يرثكما وترثانه ، وهو الباقي منكما (ولانهما) أى الشريكان (استويا في سبب الاستحقاق) أراد السبب ، لان الاستحقاق يثبت لا بالملك كان ثابتاً من قبل ، فلو لم تكن الدعوة ما كان يستحق بمجرد الملك انتهى . قلت رواه الكاكي ، فإنه قال سبب استحقاق الملك . وقال الاكمل استحقاق الملك وقبل الدعوة (فيستويان فيه) أى في الاستحقاق.

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل . اهـ مصححه .

والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة فيما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة ، وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس معه غيره ، إلا إذا كان أحد الشريكين أباً لآخر ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام ، وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الإبن

(والنسب وإن كان لا يتجزأ) جواب عن قول الشافعي « رح » لان إثبات النسب .. إلى آخره ، وتقريره أن النسب وإن كان لا يتجزأ (ولكن يتعلق به أحكام متجزئة) كالنفقة وميراث الولد وولاية التصرف في ماله (فيما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة ما لايقبلها) أى التجزئة (يثبت) وولاية الإنكاح (في حق كل واحدمنهما كملا كأن ليس معه غيره) لعدم قبول التجزئة .

(إلا إذا كان أحد الشريكين أباً لآخر) هذا استثناء من قوله – وما لا يقبلها – أى ما لا يقبل التجزئة كالنسب في حق كل واحد منهما إلا إذا كان أحد الشريكين أب للآخر فادعيا معاً ولد جارية بينهما يكون الاب أولى لوجود الترجيح ، وعلى الاب نصف قيمة الجارية ، وعلى كل واحد نصف العقر ، فيتقاصان .

(أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً) فادعياه معاً ، فالمسلم أولى (لوجود المرجح في حق المسلم ، وهو الإسلام ، وفي حق الاب) أي وجود المرجح في حق الاب (وهو ماله من الحق في نصيب الإبن) لان للأب حقيقة الملك في نصيبه وشبهة الملك في نصيب ابنه ، وإذا أسلم المدعي ثم ولدت الامة فادعياه معاً ثبت نسبه منهما لاستواء حالهما ، وإذا كانت الدعوى من ذمي ومرتد فالولد للمرتد ، لانه أقرب إلى الإسلام وعزم كل واحد لصاحبه نصف العقر ، كذا في الشامل .

ثم اعلم أن النسب يثبت من اثنين باتفاق أصحابنا ، وفيما فسرت ذلك اختلفوا ، فمن

وسرور النبي عليه السلام فيما روي ، لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة ، وكان قول القائف مقطعاً لطعنهم فسر به ، وكانت الامة أم ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد ، فيصير نسبه منها أم ولد تبعاً لولدها ، وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بماله على الآخر ، ويرث الإبن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، لانه أقر له بميراثه كله ، وهو حجة في حقه ، ويرثان منه ميراث أب واحد لاستوائهما في السبب كما إذا أقاما البينة .

أبي [1] من اثنين فقط . وقال محمد من ثلاثة لا غير (وسرور النبي ﷺ) هـذا جواب لاحتجاج الخصم بقوله وقد سر النبي ﷺ لقوله يقول القائف تقرير أن سرور النبي ﷺ (فيما روى) يجوز على صيغة المعلوم ، أي فيما روى الشافعي « رح » ويجوز أن يكون على صيغة المجهول .

(لأن الكفار كانوا يطعنون) بضم العين من باب نصر ، يقال طعن عليه في حسبه طعنا وطعاناً (في نسب أسامة ، وكان قول القائف مقطعها لطعنهم فسر به) أي فلأجل ذلك فسر به النبي ﷺ (فكانت الأمة أم ولد لهما) أي للشريكين (لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه من الولد ، فيصير نسبه منهما أم ولدله تبعاً لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بما له) على الآخر بفتح اللام ، أي بالذي له (ويرث الإبن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، لأنه أقر له بميراثه كله ، وهو حجه في حقه ، ويرثان منه ميراث أب واحد لاستوائهما في النسب) وهو الدعوة (كما إذا أقاما البينة) أي كل واحد وعلى أب مجهول النسب يكون ذلك بينهما ، فكذا هذا .

---

(١) هكذا الجملة في الاصل ربما فيها نقص في موضعين ، اه مصححه .

وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه ، وعن أبي يوسف« رح » أنه لايعتبر تصديقه اعتباراً بالاب يدعي ولد جارية ابنه ، ووجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لايملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه ، والاب يملك تملكه ، فلا معتبر بتصديق الإبن ، وعليه عقرها ، لانه لاتتقدمه الملك ، لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، لما نذكره

(وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه ، وعن أبي يوسف لا يعتبر تصديقه) أي تصديق المكاتب يعني يثبت النسب بمجرد دعوى المولى (اعتباراً بالأب يدعى ولد جارية ابنه) وقد حملت في ملك الإبن لا يشترط التصديق ، بل يثبت النسب بمجرد دعوة الأب فكذا هذا [1] بل أولى ، لأن دعوة المولى أقوى من دعوة الأب ، لأن المولى له حق في مكاتب المكاتب ، لأن مال الكتابة موقوف على مولاه ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

(ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الإبن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق ، وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق (ان المولى لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه) لحجره على نفسه (حتى لا يتملكه) أي لا يتملك كسب المكاتب عند الحاجة (والأب يملك تملكه) أي تملك مال ابنه ، لأنه لم يحجر على نصيبه (فلا يعتبر تصديق الابن ، وعليه عقرها) أي وعلى المولى عقر جارية المكاتب (لأنه لايتقدمه الملك) قال الأكمل لأن الملك لا يتقدم الأصلي . قال الأترازي الضمير المنصوب راجع إلى الوطء الذي دل عليه قوله وطىء (لأن ماله من الحق كاف) أي لأن ماله من حق الملك كاف (لصحة الاستيلاد لما نذكره) أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب ، لأنه في مال المكاتب .

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه ، ليكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه ، ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور ، وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا أنه لا بد من تصديقه ،

قال الأترازي في قول صاحب الهداية نظر ، لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، أي ما ثبت للمولى من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، والمفهوم منه ثبوت الاستيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاد لا يثبت ،وهو نفسه يصرح بهذا أيضاً بعد خطين بقوله – ولا تصير الجارية أم ولده – أي للمولى ، فإذا لم تصر الجارية أم ولد له من اين يصح الاستيلاد ، انتهى . وقال الأكمل بعد أن نقل كلام الأترازي برمته فقال قيل في كلام المصنف نظر ، ثم قال والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونه أم ولد ، فكأن المراد بقوله – لصحة الاستيلاد – لصحة نسب الولد ، لدلالة ما بعده ، فإن المصنف أجل قدراً من أن يقع بين كلاميه في سطرين تناقض ، وفيه تأمل معطوف على قوله – يقرها – .

قال (وقيمة ولدها لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو أنه) أي أن الولد (كسبه فلم يرض برقه) فيكون جواباً لقيمته دفعاً للضرر عن المكاتب ثابت النسب ، أي ولا تصير الجارية أم ولد له ، أي للمولى ، لأنه لا تملك له فيها حقيقة كما فيولدالمغرور. قال الأترازي كان ينبغي أن يقول كما في المغرور بلا ذكر الولد على معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها ، وهذا هو حق الكلام ، أما قوله في ولد المغرور متعلق بقوله (فيكون حراً بالقيمة ثابت بالنسب منه) وحينئذ لا بد من ذكر الولد ، وعلى تقديرين أن يكون متعلقاً بقوله (لا تصير الجارية أم ولد له ،لأنه لاملكفيها حقيقة) تقديره (كما في ولد المغرور ، فان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) هذا معطوف على قوله – فإن صدقه المكاتب – (لما بينا أنه لا بد من تصديقه) .

فلو ملكه يوماً ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذهو المانع

(فلو ملكه يوماً) يعني لو ملك المولى بعد تكذيب المكاتب بمولاه (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الإقرار بالاستيلاد (وزوال حق المكاتب إذ هو المانع) وقد زال ذلك بالنقل إلى الموت فيثبت النسب لزوال المانع والله أعلم .

فروع : وفي التكملة ولا يحل للمولى وطء مكاتبته . ولو وطئها فعليه عقر . وفي الاسبيجابي لو علقت منه كان بالخيار إن شاء عجزت نفسها فصارت أم ولد ، وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها ، وفي التنبيه يلزمه عقرها ، وإن أحلها تصير أم ولد له ، فإن أدت الكتابة عتقت وتعتق بموت سيدها أيضاً . وفي المغني ووطء المكاتب بغير شرط حرام عند الجمهور والأئمة الأربعة ، ولو شرط وطأها فهو باطل أيضاً عند الجمهور . وقال أحمد وابن المسيب له ذلك عند الشرط ، ولا حد عليه عند أهل العلم . وعن الحسن والزهري يحد .

ولو وطيء جارية مكاتبه فعليه عقرها ، وهو قول الشافعي وأحمد . وقال مالك لا شيء عليه ، لأنها ملكه . وفي المحيط يجوز إعتاق أم الولد ، وكتابتها لتعجيل الحرية ، وكذا تدبيرها ، وفي غيرها لا يصح تدبيرها . وفي جوامع الفقه استولد مدبرة التدبير وتعتق عن جميع المال ، ولا تسعى في الدين . ولو باع خدمة أم الولد منها جاز ، وعتقت كما لو باع رقبة العبد منه هكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف بيع الخدمة باطل ولاتعتق ، بخلاف رقبتها منها حيث تعتق ، ولو ولدت جارية منه وقال لمولاها أصلها لي والولد ولدي ، وصدقه المولى في الإحلال ، وكذبه في الولد تثبت نسبه ، وصارت أم ولد له ، ولو صدقه في الولد ثبت نسبه وهو عبد لمولاه ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

تمّ الجزء الخامس من البداية شرح الهداية

ويليه الجزء السادس مبتدئاً بكتاب الإيمان

فهرس الجزء الخامس

صفحة

صفحة